معهد الدراسات الإسلامية

حقوق الأولاد

محمد أمين الغزالي

دار الاتحاد العربي للطباعة
لصاحبها : محمد عبد الرازق
١٩ كنيسة الأرمن ش الجيش
تليفون : ٩٣٤٠٩٨

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد النبي العربى الهاشمى الكريم ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد .

فهذه مذكرة لطلاب السنة النهائية بمعهد الدراسات الإسلامية فى (حقوق الأولاد) .

وإنى أرجو من الله التوفيق وحسن السداد .

حقوق الأولاد

الأولاد هم زينة الدنيا ، وثمرة الحياة الزوجية وغايتها ، وفى المحافظة عليهم بقاء للأسرة ، وضمان للمجتمع ، وصون لهم من التشرد وعار الذل والفساد ، ولهذا عنى الإسلام بهم عناية كبيرة ، وسن لهم من الحقوق ما يكفل حياتهم وسعادتهم . وأهم هذه الحقوق :

١ — ثبوت نسبهم من والديهم : إذ به يحفظون من العار والذل والضياع.

٢ — الرضاع : فهو الوسيلة لتغذيتهم وحفظهم من الهلاك .

٣ — الحضانة : لحاجتهم فى طفولتهم إلى من يرعاهم ، ويقوم على شئونهم فى الأكل واللبس والنوم وغير ذلك .

٤ — الولاية عليهم فى أنفسهم وأموالهم ، إن كان لهم مال ، وتعليمهم وتأديبهم وتزويجهم إن احتاجوا إليه ، وحفظ أموالهم واستثمارها .

٥ — النفقة : لعدم قدرتهم على التكسب فى بدء حياتهم .

وسنتكلم عن هذه الحقوق بالتفصيل فى الأبواب الآتية .

الباب الأول

فى النسب

كان نظام التبنى مشهوراً فى الجاهلية وصدر الإسلام ، فتبنى رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة ، ثم سار الإسلام فى علاج هذا الأمر وما توارثوه وأقاموا عليه سيرا مبنياً على التدرج . فجارى الأوضاع وسايرها زمنا ، ثم قضى على التبنى وأبطل حكمه بقوله تعالى (وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل) وأمر بنسبة هؤلاء الأبناء إلى آبائهم ان عرفوا ، فإن لم يعرف لواحد منهم أب دعى أخا فى الدين أو مولى فقال تعالى (ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) وأبطل أن يكون العهر طريقا لثبوت النسب فقال عليه السلام (الولد للفراش وللعاهر الحجر) وحرم على النساء أن تنسب إحداهن إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه فقال عليه السلام (أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ولن يدخلها جنته).

كما نهى الآباء عن انكار نسب أولادهم وتوعدهم بالعقاب الشديد على ذلك فقال عليه السلام (أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق) لأن إنكار الأب ولده يترتب عليه تعريضه وأمه للذل والعار .

كذلك نهى الأبناء عن إنتسابهم إلى غير آبائهم. فقال عليه السلام (من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام) .

ولما كان الكثير من أحكام النسب مبنيا على تحديد مدة الحمل ، كان من الواجب أن نتكلم عن ذلك ونبين آراء الفقهاء فى أقل مدة الحمل وأقصاها .

أقل مدة الحمل :

اتفق الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء على أن أقل مدة يولد فيها الجنين حيا هى ستة أشهر لقوله تعالى (ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً ، حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) وقوله جل شأنه (ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن وفصاله فى عامين) وقوله (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) فالآية الأولى حددت للحمل والفصال ثلاثين شهراً وحددت الآيتان الثانية والثالثة للرضاعة وحدها وهى الفصال عامين أربعة وعشرين شهراً ، وباسقاط مدة الفصال من مدة الحمل والفصال تكون مدة الحمل ستة أشهر ، ولا يصح أن تكون هذه المدة أقصى مدة الحمل ولا الغالب فيه لأن الواقع يخالف ذلك فتعين أن تكون أقل مدة الحمل ، وهى أقل مدة يمكن أن يتكون فيها الحمل وتتميز أعضاؤه ويولد بعدها حياً . وروى أن رجلا تزوج فولدت امرأته ولداً لستة أشهر من وقت الزواج فرفع الأمر إلى عمر رضى الله عنه ، فهم أن يرجمها . فقال على كرم الله وجهه أما أنها لو خاصمتكم إلى كتاب الله لخصمتكم فإن الله تعالى يقول (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ويقول (وفصاله فى عامين) فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر . فأخذ عمر بقوله ودرأ الحد عنها واثبت النسب من الزوج) ويروى مثله عن ابن عباس مع عثمان رضى الله عنهما .

أقصى مدة الحمل :

اختلف الفقهاء فى أقصى مدة الحمل اختلافاً كبيراً ، فذهب الظاهرية وبعض الشيعة إلى أنها تسعة أشهر استناداً إلى الواقع المشاهد والمستقر على

مدى السنين والأعوام ، وحكاه ابن حزم فى المحلى وأسنده إلى عمر رضى الله عنه بقوله (أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضين ثم قعدت فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها فان لم يستبن حملها فى تسعة أشهر فلتقعد بعد التسعة الأشهر ثلاثة أشهر عدة التى قعدت عن الحيض) وقال إن عمر لا يرى مدة الحمل أكثر من تسعة أشهر كما هو ظاهر فى المروى عنه .

وذهب محمد بن عبد الحكم من فقهاء المالكية إلى أنها سنة قمرية : ٣٥٤ يوما و ٨ ساعات و ٤٨ دقيقة وذهب الحنفية إلى أنها سنتان ، واستدلوا على ذلك بقول عائشة رضى الله عنها (لا تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل) وهو مثل فى تقليل المدة . أى لا يبقى الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين ولا برهة يسيرة . قالوا : والظاهر أن عائشة لم تقل ذلك بناء على رأيها ، بل قالته بناء على السماع من الرسول عليه السلام لأن مثل هذا الأمر لا يعرف بالرأى ولا مدخل للقياس فيه فيكون له حكم الحديث المرفوع ويصح الاحتجاج به .

وقال الشافعية إنها أربع سنوات وهو رأى الحنابلة والمشهور عند المالكية ، واستدلوا على ذلك بما رواه الدارقطنى عن مالك بن أنس أنه قال (هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق ، حملت ثلاثة أبطن فى اثنتى عشرة سنة كل بطن فى أربع سنين) ولما روى أن الضحاك وابراهيم بن نجيح العقيلى وعبد العزيز بن الماجشون ومحمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسين ابن على بقى كل واحد منهم فى بطن أمه أربع سنين . وهناك أقوال أخرى . وقال أبو عبيد ليس لأقصاه وقت يوقف عليه .

وهذه الأقوال ليس لها سند من كتاب أو من سنة ، وإنما هى مبنية على بعض الحوادث وهى لا يصح الاعتماد عليها فى مثل هذا الموضوع .

وإن الأثر الذى استند إليه الحنفية ، فالظاهر فيه أنه رأى لها بناء على ماشهدته أو سمعت عنه من أحوال النساء وأنها لم تسمعه من الرسول فلا يكون له حكم الحديث المرفوع ولا يصح الاحتجاج به .

وقد قال ابن حزم ـ إن الحديث المنسوب لعائشة فى سلسلته جميلة بنت سعد ، وجميلة هذه مجهولة ولا يدرى من هى ، وإن هذا مبطل للقول المنسوب لعائشة . وإن المروى عن مالك بعد صحة نسبته إليه محتمل الخطأ ، لأن غاية الأمر أن يكون حيضها انقطع أربع سنين ، ثم جاءت بولد . وهذا لا يعتبر دليلا قاطعاً على أنها كانت حاملا طوال السنوات الأربع ، بل يجوز أن يكون ظهرها امتد سنتين أو أكثر ، ثم حملت بعد ذلك ، وإن وجدت فى البطن حركة فليس هذا قاطعاً فى وجود الحمل ، إذ ربما يكون ذلك لعلة أو لسبب آخر ، كما أن أحكام الشارع إنما تبنى على الأعم الغالب ولا تبنى على النادر ، لأن النادر لا حكم له .

اقصى مدة الحمل فى القانون :

كان العمل جاريا بالمحاكم على مقتضى مذهب الحنفية طبقاً للمادة (٢٨٠) من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وهذا يوجب اعتبار أقصى مدة الحمل بسنتين ، وبناء الأحكام على هذا التقدير ـ ثم صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونص على اعتبار أقصى مدة الحمل سنة شمسية ٣٦٥ يوما ، وعلى عدم سماع دعوى نسب الولد إذا أتت به الزوجة لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة أو الغيبة ، أو ثبت عدم تلاقيهما فقد جاء فى المادة (١٥) منه ما يأتى :

(لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها . ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق) .

وجاء فى المذكرة التفسيرية لهذه المادة (إن تقدير الحنفية بسنتين لا يستند إلى دليل من كتاب أو سنة صحيحة عن الرسول صلى الله عليه وسلم قد جر كثيراً من أصحاب الذمم الفاسدة إلى ادعاء نسب أولاد غير شرعيين وإلحاقهم بغير آبائهم ، وأنه لا يتفق مع الواقع فى مدة الحمل ، وأن الأطباء الشرعيين قرروا أن مدة الحمل فى جميع الحالات النادرة لا تتجاوز سنة واحدة ٣٦٥ يوما)

وبصدور هذا القانون عدلت المحاكم عن العمل بمذهب الحنفية وأخذت بما حدده القانون لأقصى مدة الحمل ، وهو تقدير سليم روعى فيه أغلب حالات الحمل مع الاحتياط للحالات النادرة التى قد تزيد فيها المدة على الغالب المعتاد ، وهو مبنى على رأى الخبراء المختصين أصحاب المعرفة فى مثل هذا الشأن ، ولا شك أن قواعد الشريعة تقضى بوجوب الرجوع فيما لا نص فيه عن الشارع إلى أهل الخبرة والمعرفة .

وقد سبق أن الظاهرية قدروا أقصى مدة الحمل بتسعة أشهر بناء على الغالب المشهور ، وأن محمد بن عبد الحكم الفقيه المالكى قدرها بسنة قمرية . وقد نقل عن ابن رشد أنه قال : وهذه المسألة الرجوع فيها إلى العادة والتجربة أولى .

وتحديد القانون ـ أقصى مدة الحمل بسنة شمسية ٣٦٥ يوما أقرب إلى رأى محمد بن عبد الحكم وإن خالفه فى اعتبار أن السنة شمسية لا قمرية ، ولأن الأساس عنده هو عدم ثبوت النسب إن جاءت بولد بعدها ، ولم يقتصر على عدم سماع الدعوى فقط كما قرره القانون .

دعوى الولادة

أن ثبوت نسب الولد مترتب على تحقق الولادة ، وتعيين المولود .

فإذا ادعت المرأة الولادة ، بأن قالت إنى ولدت وهذا هو المولود .

وصدقها زوجها فى ذلك ثبتت الولادة وثبت نسب الولد من الزوج إذا تحققت الشروط الواجبة لثبوت النسب .

أما إذا ادعت المرأة الولادة وأنكرها الزوج بأن قال : إنها لم تلد أو إن هذا الولد الذى تدعى ولادته ليس إبنها وإنما هو لقيط ، أو اعترف بالولادة ولكنه أنكر شخص المولود . فقال أنها ولدت بنتاً ، وقالت هى أنها ولدت ذكراً — فحينئذ يجب إثبات الولادة فى حالة إنكارها وتعيين المولود فى الاختلاف على ذكورته وأنوثته .

إثبات الولادة :

إن طرق إثبات الولادة تختلف باختلاف حالة المرأة . لأنها إما أن تكون زوجة أو معتدة من طلاق رجعى . أو معتدة من طلاق بائن . بينونة صغرى أو بينونة كبرى — أو معتدة من وفاة .

١ — الحالة الأولى : أن تكون المرأة زوجة : فإذا كان الزوج قد سبق أن اعترف بالحمل أو كان الحمل ظاهراً بحيث يعرف كل من رآها أنها حامل . فان الولادة تثبت بقول المرأة من غير حاجة إلى اعتراف به أو توقف على شىء آخر .

عند أبى حنيفة : وقال الصاحبان : إن الولادة لا تثبت إلا بشهادة امرأة من أهل العدالة كالقابلة وغيرها .

وإن لم يكن الزوج قد اعترف بالولادة ولم يكن الحمل ظاهراً قبل الولادة . فان الولادة لا تثبت إتفاقاً بقول المرأة بل لابد فى إثباتها من شهادة ، والشهادة تتحقق هنا بشهادة امرأة واحدة من أهل العدالة كالقابلة وغيرها .

ولا تشترط الشهادة الكاملة . وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ،

لأن الولادة لا يطلع عليها الرجال عادة ، فاشتراط كمال الشهادة فى إثباتها فيه حرج والحرج مرفوع بقوله تعالى (ما جعل عليكم فى الدين من حرج) .

ويقول ابن شهاب الزهرى (مضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن) .

ومثل المرأة فى ذلك شهادة الطبيب الذى باشر الولادة . أو أى رجل آخر شاهد ولادتها غير متعمد فى ذلك .

٢ — الحالة الثانية : أن تكون المرأة معتدة من طلاق رجعى . فاذا ادعت الولادة بعد سنتين أو أكثر من تاريخ الطلاق وأنكر الزوج ولادتها . فالحكم فيها كالحكم فيما إذا كان النزاع فى حال قيام الزوجية .

لأن معتدة الطلاق الرجعى إذا ولدت بعد مضى سنتين أو أكثر من وقت الطلاق ولم تكن قد أقرت بانقضاء العدة كان ذلك رجعة ، لأن ولادتها بعد مضى هذه المدة دليل على أن الرجل قد اتصل بها قبل انقضاء العدة ، والإتصال بالمطلقة رجعياً قبل انقضاء العدة يكون رجعة عند الحنفية، وتكون المرأة قد ولدت والزواج قائم ، فيكون النزاع فى الولادة نزاعا فى حال قيام الزوجية فيأخذ حكمه .

وإن ادعت الولادة قبل مضى سنتين من وقت الطلاق ، ولم تكن قد أقرت بانقضاء عدتها ، فلا بد من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبى حنيفة لأن النكاح قد انقطع بانقضاء العدة بالولادة ، فيكون القضاء بالولادة وهى أجنبية ، ودعوى النسب من الأجنبى لا تثبت إلا بشهادة كاملة.

وقال الصاحبان : إن الولادة تثبت فى هذه الحالة بشهادة القابلة . وقد اختلف فى ترجيح أحد الرأيين .

٣ — الحالة الثالثة : أن تكون المرأة معتدة من طلاق بائن ببنونة صغرى

أو كبرى . فان كان الزوج قد سبق أن اعترف بالحمل أو كان الحمل ظاهراً فان الولادة تثبت بقول المرأة وحدها من غير حاجة إلى الشهادة عند أبى حنيفة . وعند الصاحبين لا تثبت إلا بشهادة امرأة من أهل العدالة كالقابلة وغيرها .

وإن لم يكن الزوج قد سبق أن اعترف بالحمل ولم يكن الحمل ظاهراً فى وقته فإن الولادة لا تثبت عند أبى حنيفة إلا بشهادة كاملة — هى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين من أهل العدالة ، لأن الشهادة وإن كانت لإثبات الولادة ، إلا أنه سيترتب عليها ثبوت النسب من الزوج المطلق ، وثبوت النسب يحتاج إلى بينة كاملة : لأن المرأة إذا ادعت الولادة تكون مقرة بانقضاء العدة . وبانقضائها تعتبر أجنبية من الزوج . وثبوت النسب من المرأة الأجنبية يحتاج إلى بينة كاملة .

وقال الصاحبان : إن الولادة تثبت بشهادة امرأة واحدة من أهل العدالة كالقابلة وغيرها . لأن المقصود من الشهادة هنا هو إثبات الولادة التى ينكرها الزوج ، أما ثبوت النسب فغير مقصود من الشهادة ، لأن المرأة ما دامت فى العدة فإن سبب ثبوت النسب قائم ، فإذا أتت المرأة بولد ثبت نسبه من الزوج من غير توقف على شهادة . وإذا كان المقصود من الشهادة إثبات الولادة ، فيكتفى فيها بشهادة امرأة واحدة ، كما فى حال قيام الزوجية ومذهب الصاحبين هو الراجح ، وعليه العمل .

٤ — الحالة الرابعة : أن تكون المرأة معتدة من وفاة ، فإذا كان الحمل ظاهراً قبل الولادة ، أو كان الورثة قد سبق منهم اعتراف بالحمل ، فإن الولادة تثبت بقول المرأة وحدها عند أبى حنيفة : وعند الصاحبين لا تثبت إلا بشهادة امرأة من أهل العدالة كالقابلة وغيرها .

وإن لم يكن الحمل ظاهراً قبل الولادة ولم يسبق اعتراف من الورثة به ،

فلا بد من شهادة كاملة عند أبى حنيفة : وتكفى شهادة امرأة من أهل العدالة عند الصاحبين : وذلك كالمعتدة من الطلاق البائن .

تعيين المولود :

إذا لم يكن هناك نزاع فى الولادة . وإنما النزاع فى تعيين المولود . بأن أنكر الزوج أو الورثة بعد الوفاة ، إن هذا هو المولود بعينه . فإن فقهاء الحنفية متفقون على أنه لا يحتاج فى تعيينه إلى شهادة كاملة ، بل يكفى فى تعيينه إلى شهادة امرأة واحدة من أهل العدالة . أو شهادة الطبيب الذى باشر الولادة ، سواء كان النزاع فى حالة قيام الزواج أو فى حالة العدة من طلاق رجعى أو بائن أو وفاة ، لما رواه الدارقطنى عن حذيفة أن النبى عليه السلام (أجاز شهادة القابلة) ولما رواه ابن شهاب الزهرى (مضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال من ولادة النساء وعيوبهن) ولأن الولادة إذا ثبتت فلا يشترط فى تعيين شخص المولود إلى شهادة كاملة .

أسباب ثبوت النسب

يثبت النسب من المرأة بمجرد الولادة من غير توقف على شىء آخر ، ولافرق فى ذلك بين أن تكون المرأة أتت به من زواج صحيح ، أو فاسد أو وطء بشبهة أو من سفاح وإذا ثبت النسب منها كان لازماً ولا يمكن نفيه .

أما بالنسبة للرجل فإن النسب يثبت فى حقه بالفراش الصحيح وما الحق به . والمراد بالفراش الصحيح أن تكون المرأة حلالا للرجل بناء على عقد صحيح أو ملك يمين .

فالزواج الصحيح يثبت به الفراش ويعتبر العقد فيه سبباً لثبوت

النسب باتفاق الفقهاء متى توافرت الشروط المعتبرة فى هذه الحالة .

وملك اليمين يثبت به الفراش الصحيح أيضاً ، وهو سبب لثبوت النسب بشرط أن يدعيه السيد : فإذا نفاه أو سكت عنه لا يثبت النسب ولا يجب فى نفيه لعان على ماسنبينه بعد : وإن كان يأثم فيه ، والمراد بما ألحق بالفراش الصحيح . الدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة .

فالعقد الصحيح هو السبب فى ثبوت النسب لمن يولد حال قيام الزوجية ، باتفاق الفقهاء . لكنهم اختلفوا فى هل يكفى مجرد العقد فى إثبات النسب أم يجب أن ينضم إليه شىء آخر .

• فعند الحنفية أن العقد وحده يكفى فى إثبات النسب لمن يأتى بعده فى المدة المشروعة ، مستدلين بقول الرسول عليه السلام (الولد للفراش وللعاهر الحجر) وقد فسر الكرخى من فقهاء الحنفية (الفراش) بالعقد . وإذا نفاه لاعن إذا تحققت فيهما شروط اللعان وعند الأئمة الثلاثة أن العقد الصحيح هو السبب فى ثبوت النسب بشرط إمكان الدخول ، بأن يكونا فى بلد واحد أو فى بلدين يمكن الاتصال بينهما ويتصور تلاقيهما مع إقامة كل منهما فى بلدة . فيثبت نسب من تأتى به بعد العقد فى المدة المشروعة .

أما إذا لم يكن الدخول ممكناً كتزوج المشرقى بالمغربية . ويثبت أنه لم يحصل بينهما تلاق ، أو تزوجها وطلقها فى مجلس العقد أو عقبه وقبل انصرافه منه . فإن النسب لا يثبت فى هذه الأحوال ، لأن المرأة لم تصر فراشاً لعدم إمكان الوطء .

وهناك رأى ثالث لا يكتفى بمجرد العقد ، ولا بإمكان الدخول ، بل يشترط أن ينضم إلى العقد تحقق الدخول ، لكى تصير المرأة فراشاً ، ويثبت نسب من تأتى به لزوجها .

وقد اختار ابن تيمية هذا الرأى ، وقال أن أحمد أشار إليه فى رواية

حرب ـ فإنه نص فى روايته عمن طلق قبل البناء . وأتت امرأته بولد ، فأنكره ، أنه ينتفى عنه بغير لعان ، وأيد ابن القيم هذا الرأى فى زاد المعاد فقال : إن المنصوص عليه فى رواية حرب هو الذى تقتضيه قواعد الإمام أحمد وأصول مذهبه . ثم قال : إن هذا الرأى هو الصحيح المجزوم به . وإلا فكيف تصير المرأة فراشاً ولم يدخل بها . ولم يبن بها لمجرد إمكان بعيد: وهل يعد أهل العرف أو اللغة المرأة فراشاً قبل البناء بها ، وكيف تأتى الشريعة بإلحاق نسب من لم يبن بامرأته ولا دخل بها ، ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك . وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة ، فلا تصير المرأة فراشاً إلا بدخول محقق .

والواقع أن مجرد العقد لا يكفى لاعتبار المرأة فراشاً . أو لإثبات النسب بناء على تصور الاجتماع عقلا ، لأن العادة تأبى ذلك ، ولا يمكن بناء الأحكام على مجرد التصور لثبوت الكرامات للأولياء ـ وكيف يمكن تصور الاجتماع عقلا بين الزوجين إذا كان الطلاق قد حصل فى مجلس العقد أو عقبه . وأن اشتراط الدخول الحقيقى فيه استلزام لأمر ليس لازماً لإثبات النسب ، وفيه ضرر على الولد والمرأة التى يجب حمل حالها على الصلاح ما أمكن .

وبذلك يكون القول بثبوت النسب بالعقد مع إمكان الدخول هو أعدل الأقوال وأوسطها .

ماعليه العمل الآن :

كان العمل جارياً على مذهب أبى حنيفة فى هذه المسألة . ولكن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حسم هذا النزاع فقد نص فى المادة (١٥) على أنه (لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها) وعدم سماع الدعوى لا يكون إلا عند الإنكار فقط ، فإذا أقر الزوج

بالولد ثبت نسبه منه ، وكذلك فإن القانون لم ينص على نفى النسب ، بل اكتفى بمنع القضاة من سماع الدعوى .

شروط ثبوت النسب فى الزواج الصحيح

إن الزواج الصحيح الذى توافرت أركانه وشروطه ليس كافياً وحده فى إثبات نسب الولد من أبيه ، بل لابد من شروط أخرى يجب تحققها لإثبات هذا النسب وهى ما يأتى :

١ — أن يأتى الولد بعد مضى ستة أشهر من وقت العقد . فإن جاءت به المرأة قبل مضى ستة أشهر على عقد الزواج لا يثبت نسب الولد من الزوج باتفاق الفقهاء ، لأن هذه المدة هى أقل مدة يحتاج الجنين اليها ليولد حياً . فإذا جاء الولد قبل مضى هذه المدة كان ذلك دليلا على أن الحمل كان موجوداً قبل الزواج فلا يثبت نسبه من الزوج : إلا إذا ادعاه ولم يقل أنه من الزنى . ويحمل ذلك على أن المرأة قد حملت به قبل هذا العقد بناء على عقد آخر حصل بينهما ، أو بناء على عقد عرفى أو عقد فاسد أو وطء بشبهة ، تصحيحاً لكلام العاقل ما أمكن ومراعاة لمصلحة الولد ، وستراً للأعراض وحملا لحال الناس على الصلاح .

٢ — أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل ، وهو من بلغ اثنتى عشرة سنة . فلو جاءت زوجة الصغير الذى لم يصل إلى درجة البلوغ أو المراهقة بولد لا يثبت نسبه منه ولو ادعاه ، ولو جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد . لأن ذلك دليل على أن الولد ليس منه .

٣ — إمكان التلاقى بين الزوجين من تاريخ العقد . ولا خلاف بين الفقهاء فى هذا الشرط ، وإنما الخلاف فى المقصود بهذا الإمكان ، أهو الإمكان

العقلى أو العادى. فعند الحنفية أن المراد به هو الإمكان العقلى ، فمتى كان التقاء الزوجين جائزاً عقلا ، فإن النسب يثبت من الزوج إذا جاءت به لستة أشهر من تاريخ العقد حتى ولو لم يثبت تلاقيهما حساً : وقال الأئمة الثلاثة أن المراد بإمكان التلاقى بين الزوجين الإمكان العادى لا العقلى ، لان الإمكان العقلى نادر ، والاحكام إنما تبنى على الكثير الغالب دون النادر . فلو تزوج رجل امرأة ولم يتلاقيا بعد العقد أو لم يكن فى الإمكان تلاقيهما عادة ثم جاءت بولد بعد مضى ستة أشهر من تاريخ العقد لا يثبت نسبه من أبيه عند الأئمة الثلاثة خلافا للحنفية .

ولو تزوج رجل فى المشرق بامرأة فى المغرب وبينهما مسافة سنة فولدت لستة أشهر من العقد ثبت نسبه عند الحنفية ، لأن التقاء الزوجين وإن كان لا يمكن - عادة إلا أنه يمكن عقلا لاحتمال أن يكون الزوج من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات .

وقال الائمة الثلاثة أن نسب هذا الولد لا يثبت من الزوج لأن التقاء الزوجين لا يمكن هنا بحسب العادة ، فلم يتحقق الشرط لثبوت النسب بالزواج الصحيح عندهم .

والذى دعى الحنفية إلى تقرير هذا الحكم بناء على مجرد إمكان التلاقى العقلى مع مخالفته للظاهر - هو حرصهم على الولد وعدم ضياعه حفظا لنفس قد يكون لها نفعها إن روعيت ، وخطرها إن أهملت .

ثبوت النسب حال قيام الزوجية

اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج الصحيح يثبت به الفراش ، وأن الفراش يثبت به النسب ، وأصل ذلك ما ثبت فى الصحيحين من حديث عائشة قالت (اختصم سعد بن أبى وقاص وعيد بن زمعة فى غلام : فقال سعد : هذا

يارسول الله ابن أخى عتبه بن أبى وقاص،عهد إلى أنه ابنه ، أنظر إلى شبهه. وقال عبد ابن زمعة : هذا أخى يارسول الله ولد على فراش أبى من وليدته . فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأى شبهاً بينا بعتبه ، فقال : هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجرواحتجبى منه يا سودة ، فلم تره سودة قط ، فمتى كان عقد الزواج صحيحاً ، وجاءت المرأة بالولد بعد ستة أشهر من حين العقد ، مع تصور الحمل من الزوج ، وإمكان التلاقى بينهما ، على الوجه المشروع فإن نسب الولد يثبت من أبيه من غير حاجة إلى اعتراف صريح به ، ولا يملك نفيه عنه إلا فى الوقت الذى حدده الفقهاء سواء كان حاضراً أم غائباً . فإذا نفاه عنه فى الوقت المشروع .ورفع الأمر إلى القاضى. أجرى اللعان بينه وبين زوجته ، وقطع نسبه عنه وألحقه بأمه .

نفى النسب واجراء اللعان :

إذا نفى الرجل نسب ابنه وطلب إجراء اللعان بينه وبين زوجته فإنه يشترط لذلك ما يأتى :

١ — أن ينفى الزوج الولد عند ولادته ، أو وقت شراء ما يلزم لها أو للولد ، أو فى مدة التهيئة ؛ إن كان الزوج حاضراً ، وهذا عند أبى حنيفة وروى عنه أنه حدد ذلك بثلاثة أيام ، وقيل بسبعة أيام ، وفى ظاهر الرواية عنه عدم تقدير ذلك بزمن معين ، بل جعل تقدير هذه المدة مفوضاً إلى رأى القاضى . لأن نفيه أو عدم نفيه يحتاج إلى تفكير وروية قبل الإقدام عليه ، إذ ربما ينفى نسبه وهو منه ، أو يعترف به وهو ليس منه . وكلاهما حرام لا يحل شرعا ، فلا بد من إعطائه مدة للتفكير،وهذه المدة تختلف باختلاف الناس والأشخاص ، فلا يمكن تحديدها بزمن يطبق على كل الأفراد ، وفى جميع الحالات ، فيجب تفويض ذلك إلى القاضى ، أو إلى عرف الناس وعاداتهم .

وقال أبو يوسف ومحمد إن نفى نسب الولد يتقدر بأكثر مدة النفاس ، وهى أربعون يوما ، لأن النفاس أثر الولادة فيأخذ حكمها ، فكما يكون للزوج أن ينفى نسب الولد عند الولادة يكون له الحق فى نفيه ما دام أثرها باقياً ،

هذا إذا كان الزوج حاضراً . أما إذا كان غائباً ولم يعلم بالولادة حتى حضر فله أن ينفيه وقت حضوره أو فى مقدار مدة التهنئة عند أبى حنيفة ، أو فى مقدار مدة أكثر النفاس عند أبى يوسف ومحمد كما مر بيانه .

ورأى أبى حنيفة هو الراجح، لأن الأصل المقرر أن نفى الولد لا يصح إلا وقت العلم بالولادة . لكن عدل عن ذلك للحاجة إلى التفكير والتروى . وهذا لا يحتاج إلى أربعين يوما لما فى ذلك من الإضرار بالولد وعدم استقرار نسبه طوال هذه المدة .

٢ — أن لا يكون الزوج قد أقر بالولد صراحة أو دلالة قبل النفى ومثال الإقرار الصريح أن يقول : هذا ابنى . أو هذا الولد منى . ومثال الإقرار الضمنى ، أن يقبل التهنئة بالمولود أو يسكت عند التهنئة به ولا يرد على المهنئين بالنفى ، لأن العاقل لا يسكت على التهنئة بنسب غير ولده له ، فسكوته اعتراف منه بالنسب دلالة .

فلو أقر الزوج بالولد صراحة أو دلالة . أو سكت عن نفى نسبه حتى مضت التهنئة أو أكثر مدة النفاس على حسب الخلاف بين الإمام وصاحبيه ، ثم نفى نسبه بعد ذلك لا ينتفى نسب الولد منه ، لأن سكوته عن النفى طوال هذه المدة يعتبر إقراراً منه بالولد . والإقرار بالنسب لا يصح الرجوع فيه.

ومع ذلك فللمرأة الحق فى طلب إجراء اللعان بينها وبين زوجها . لأن نفى نسب الولد اتهام لها بالزنى ، فيكون لها وقع العار عن نفسها بطلبه

وإجرانه . ولو تم اللعان بينهما فى هذه الحالة لا يترتب عليه قطع نسب الولد عن الزوج ، لأن نسبه قد ثبت بالإقرار الصريح أو الضمنى فلا يمكن نفيه بعد ذلك ، ولكن يوجب التفريق بينهما .

٣ — أن يكون كل من الزوجين أهلا للعان عند ابتداء الحمل بالولد ، ويعرف ذلك بولادة الولد قبل مضى ستة أشهر أو أكثر من وقت أهليتهما للعان ، فإذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة ثم أسلمت وولدت ولداً فنفاه الزوج ، فإن كانت ولادته بعد مضى ستة أشهر أو أكثر من وقت إسلامها أجرى القاضى اللعان بينهما وقطع نسب الولد من أبيه وألحقه بأمه، لأن الزوجة كانت أهلا للعان عند ابتداء الحمل . وإن كانت ولادته قبل مضى ستة أشهر من وقت إسلام الزوجة لا ينتفى نسب الولد من الزوج لأن اللعان لا يمكن إجراؤه بين الزوجين لعدم أهليتها عند ابتداء الحمل بعدم إسلامها وقته . والنسب متى ثبت لا يقطع إلا باللعان واللعان غير ممكن .

٤ — أن يكون الولد حياً عند الحكم بقطع النسب ، فلو ولدت المرأة ولداً ونفى الزوج نسبه ثم مات الولد قبل حصول اللعان أو مات بعده ، ولكن قبل الحكم بقطع نسب الولد من الزوج لا ينتفى منه ، لأن النسب يتقرر بالموت فلا يمكن نفيه ، لكن للزوجة الحق فى طلب إجراء اللعان بينها وبين زوجها لدفع عار الزنى عنها ،

ويترتب على ما تقدم عدم نفى نسب الولد فيما يأتى :

١ — إذا نفاه بعد مضى المدة المبينة سابقاً .

٢ — إذا نفاه بعد الإقرار به صراحة أو ضمناً ،

٣ — إذا نزل الولد ميتاً ، أو مات أثناء اللعان ، أو بعده وقبل الحكم بقطع النسب عن الزوج وإلحاق نسبه بأمه وقبل التفريق بينهما ، لأن النفى

حكم ، والميت لا يصح الحكم عليه ـ وقال مالك والشافعى يصح أن ينفى باللعان درءا لحد القذف ومنعاً لإرثه من الولد إذا ترك مالا بسبب هبة أو وصية أو غيرها .

٤ — إذا نفى نسب الولد ولاعن وحكم القاضى بالتفريق ونفى نسب الولد ، ثم ولدت ولداً آخر قبل مضى ستة أشهر من وقت ولادة الأول ، ونسب الولدان إلى الزوج لأن الثانى لا يمكن نفيه إلا باللعان ، واللعان لا يتأتى لأن شرطه قيام الزوجية وهى غير موجودة ، وأما الأول فيثبت نسبه أيضاً لأنه متكون من الماء الذى منه الثانى ، لأن الرحم لا يخلق فيه جنينان مكونان من ماءين مختلفين فى زمن حمل واحد . ولا يمكن أن يكون الثانى قد وجد بعد ولادة الأول لأنه لم يمض عليه أقل الحمل ، فيكون متحداً مع الأول فى المادة . وحيث ثبت الثانى ثبت الأول مراعاة لمصلحة الولدين وستراً لعرض المرأة وعشيرتها ، مع جواز أن الولدين منه .

وقال مالك أن نسب الولد الثانى ينتفى بمجرد نفى الأول ، لأن الحمل عنده يصح نفيه ، وحيث ثبت أن الحمل والولد الذى نفاه من ماء واحد فينتفى الحمل ولا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنى . فإذا ادعاه ثبت نسبه هو والأول ، ويحد حد القذف أن كانت المرأة ممن يحد قاذفها . بأن كانت مسلمة حرة عفيفة عن الزنى .

وقال الشافعى أنه بعد نفى الأول وولادة الثانى لأقل من ستة أشهر لا ينتفى الثانى إلا إذا نفاه باللعان . ولا يشترط فى اللعان عنده قيام الزوجية ، فإنه يكفى وجوده ولو باعتبار ما كان . فإن لم ينفه بأن سكت أو ادعاه ثبت نسبه ، وبالضرورة يثبت نسب الأول لاتحادهما مادة ، ويحد حد القذف عند الاعتراف به صراحة ، يشترط أن تكون المرأة ممن يحد قاذفها .

٥ — إذا نفاه بعد حكم القاضى بثبوت نسبه ، لأن حكم القاضى لا يصح

نقضه لأنه لا يصدر إلا بعد التثبت ، وخصوصاً فى الانساب ، لأن الشارع يتشوق دائماً إلى ثبوتها ما أمكن سترا للأعراض ، وحتى لا يكون الولد زنيا من غير أب .

٦ — إذا نفى الولد ثم مات الزوج أو الزوجة قبل اللعان أو بعده ولكن قبل الحكم بالتفريق ، لأن اللعان لم يتم ، ونفى الولد لا يمكن إلا بعد تمامه .

اختلاف الزوجين فى تاريخ النكاح

إذا ولدت الزوجة ولداً واختلفت مع الزوج فى تاريخ النكاح . فقالت الزوجة تزوجتك منذ ستة أشهر أو أكثر لكى تصل بذلك إلى ثبوت نسب الولد . وقال الزوج بل تزوجتك منذ أقل من ستة أشهر ليصل بذلك إلى عدم ثبوت نسب الولد . فالقول قولها وهو ابنه وينسب إليه . لأن الظاهر يشهد لها بأنها تلد من نكاح لا من سفاح ، ولا فى عدة زوج آخر . ولا يتعارض هذا الظاهر بظاهر آخر يشهد له وهو إضافة النكاح الحادث المختلف فى وقت حصوله إلى أقرب الأوقات ، حيث أن الحوادث تضاف إلى أقرب أوقاتها لأن النسب يحتال فى إثباته لإحياء الولد ، وأنه إذا تعارض فى إثبات النسب ظاهران أحدهما مثبت والآخر ناف ، قدم المثبت له .

ولا تستحلف على ذلك عند أبى حنيفة . وقال الصاحبان أن القول قولها بيمينها ، وبقولهما يفتى .

ولا تسمع البينة منه ولا من ورثته على تاريخ النكاح الذى يدعيه ، لأنها شهادة على النفى ، لأنها فى الحقيقة لنفى حصول الزواج فى التاريخ الذى تدعيه المرأة . وإن كانت فى الظاهر لإثبات حصول الزواج فى التاريخ الذى يدعيه هو . فلا تقبل البينة ، ولأن النسب يحتال فى إثباته ما أمكن ، وهو

ممكن هنا . باحتمال أنه سبق أن تزوجها سراً بمهر يسير ، ثم جهراً بأكثر منه للشهرة وهو كثير الوقوع .

وإذا اتفقا على حصول العقد فى تاريخ معين ، ثم ادعت الزوجة حصول عقد قبل هذا التاريخ ، فالقول له وعليها البينة .

حكم نسب ولد من تزوجت بعد غياب زوجها :

وإذا غاب الزوج عن امرأته ، ثم بلغها موته أو طلاقه ، فاعتدت وتزوجت بآخر ثم ظهر أن الأمر على خلاف ذلك ، ثم ولدت ، فالولد للأول عند أبى حنيفة مطلقاً ، أى سواء أتت به لأقل من ستة أشهر أولا . لأن نكاح الاول صحيح فاعتباره أولى . وفى رواية أن الولد للثانى وعليه الفتوى ، لأن الولد للفراش الحقيقى وإن كان فاسدا .

وعند أبى يوسف أن الولد للأول إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من عقد الثانى ليتيقن العلوق من الاول ، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر كان للثانى .

وعند محمد للأول إن كان بين وطء الثانى والولادة أقل من سنتين ، وأن لأكثر منهما فللثانى لتيقن أنه ليس من الأول .

أما النكاح فهو فاسد عند الجميع ، وترد المرأة إلى الاول إجماعاً ، لان عقده لايزال قائماً .

ثبوت نسب الولد فى الزواج الفاسد

عقد النكاح الفاسد هو الذى فقد شرطاً من شروط الصحة ، كالشهادة عليه . وقد بينا حكم ثبوت نسب الولد إذا كان العقد صحيحا والشروط التى يجب توافرها كإمكان التلاقى بين الزوجين بعد العقد على الخلاف السابق فيه . وتصور الحمل من الزوج ومضى ستة أشهر من وقت الزواج .

ومن المقرر أن الزواج الفاسد يأخذ حكم الزواج الصحيح فى حق ثبوت النسب ، لأن النسب يحتاط فى إثباته أحياء للولد .

لكن النسب لايثبت فى الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقى بالمرأة . فلو تزوج الرجل امرأة زواجاً فاسدا ولم يدخل بها ثم جاءت بولد لايثبت نسبه منه . وإن دخل بها ثم جاءت بولد يثبت نسبه منه بشرط أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل بأن كان بالغا أو مراهقا وأن تأتى المرأة بالولد بعد مضى ستة أشهر أو أكثر - فإذا جاءت به لأقل من ستة أشهر لايثبت نسبه من الزوج لتحقق حصول الحمل قبل الزواج . إلا إذا دعاه ولم يصرح بأنه ابن الزنى فإنه يثبت نسبه منه ، ويحمل ذلك على أن المرأة حملت به منه بعقد سابق أو وطء بشبهة .

وقد اختلف أئمة الحنفية فى بدء احتساب مدة الستة الاشهر . فعند أبى حنيفة وأبى يوسف أنها تحسب من وقت العقد اعتبارا بالعقد الصحيح وقياسا عليه . وقال محمد أنها تحسب من وقت الدخول لا العقد .

وعلى ذلك لو تزوج رجل امرأة زواجاً فاسداً فى أول يناير ، ولم يدخل بها إلا فى أول مارس من نفس السنة ثم جاءت بولد فى أول أغسطس من السنة ، فإن نسبه يثبت من الزوج عند أبى حنيفة وأبى يوسف لأنها ولدته لستة أشهر من تاريخ العقد ، وإن كانت أقل من ستة أشهر من تاريخ الدخول ولا يثبت نسبه من الزوج عند محمد لأنها جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول . لأن العقد فى الزواج الصحيح إنما جعل سببا لثبوت النسب لكونه مظنة اتصال الرجل بالمرأة اتصالا ينشأ عنه الولد عادة . ولانه يحل لكل من الزوجين فى النكاح الصحيح أن يتمتع بالآخر ، أما النكاح الفاسد فلا يحل للرجل به التمتع بالمرأة ، ولا يحل للمرأة أن تمكنه من نفسها ، ولهذا كان الدخول الحقيقى شرطاً فى ثبوت النسب فى الزواج الفاسد دون الصحيح . وما دام الدخول لابد منه لثبوت النسب فى الزواج الفاسد كان

هو المعتبر فى ثبوت النسب ، ولذا يتعين أن يكون احتساب المدة التى يثبت فيها النسب من وقت الدخول لا من وقت العقد . ويتبين من ذلك الفرق بين النكاح الصحيح والنكاح الفاسد . ومع وجود هذا الفرق لايصح أن يقاس الزواج الفاسد على الزواج الصحيح كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف . ولهذا كان قول محمد هو المفتى به فى المذهب .

وإذا جاءت المرأة بولد بعد ستة أشهر أو أكثر من وقت العقد على رأى أبى حنيفة وأبى يوسف أو من وقت الدخول على رأى محمد فى الزواج الفاسد ثبت نسبه من الزوج من غير توقف على اعتراف من الزوج بنسبه ولو نفاه لاينتفى نسبه عنه . لأن النسب إذا ثبت لاينتفى إلا باللعان .

واللعان لا يكون عند الحنفية إلا إذا كان الزواج الصحيح قائما حقيقة أو حكما كما فى عدة الطلاق الرجعى . والزواج هنا غير صحيح لأنه فاسد . فلا يمكن إجراء اللعان بين الرجل والمرأة . وإذا امتنع اللعان امتنع انتفاء النسب .

كما يثبت نسب جميع الأولاد الذين يولدون من المرأة بعد مضى المدة المعتبرة شرعا مادام الرجل يعاشرها معاشرة الأزواج ولم يفرق بينهما على النحو السابق بيانه .

فإذا فرق القاضى بينهما ، أو تفارقا من أنفسهما فى العقد الفاسد بعد الدخول ، ثم جاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الفرقة أو من وقت التفريق ثبت نسبه من الزوج . وإن جاءت به بعد سنتين أو أكثر من حين الفرقة لايثبت نسبه من الزوج لتحقق حصول الحمل بعد الفرقة إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنى . وهذا بناء على أن تقدير أقصى مدة الحمل سنتان عند الحنفية . أما على تقديرها بنسبة شمسية كما يجرى عليه العمل قانونا فان المرأة إذا جاءت بولد خلال سنة أو أقل من وقت الفرقة أو التفريق

فى النكاح الفاسد فإن الولد يثبت نسبه من الزوج . وإن جاءت به لأكثر من سنة واعترف الزوج به يثبت نسبه منه . وإن أنكر ورفعت المرأة الأمر إلى القضاء تطالب فى دعواها بثبوت نسب الولد من الزوج ، فلا تسمع المحكمة هذه الدعوى .

ثبوت نسب ولد الموطوأة بشبهة

الوطء بشبهة : هو أن يتصل الرجل بالمرأة اتصالا جنسياً غير مبنى على عقد زواج صحيح أو فاسد ، أو ملك يمين : بل يكون مبنيا على ظن وشبهة عنده تفيد الحل .

فالشبهة : هى اسم لم يشبه الثابت وليس بثابت فى الواقع : وهى نوعان شبهة فى الفعل . وشبهة فى المحل .

أما الشبهة فى الفعل : وتسمى شبه اشتباه ، فهى اشتباه الأمر على الشخص وظنه ماليس بدليل دليلا على الحل ، ولها عدة صور ، لكنها تختلف فى حكم ثبوت النسب ، كما يأتى : ـ

١ ـ أن يخالط الرجل جارية أبيه أو جارية زوجته ، وأتت بولد فلا يثبت نسبه منه ولو ادعاه لأنها شبهة مجردة مبنية على ظن الرجل أن ملك أبيه أو ملك زوجته ملك له ، وهو ظن ليس له دليل شرعى ، لأن ذلك زنى محض .

٢ ـ أن يخالط الرجل امرأة زفت إليه وقيل له أنها زوجته ، وهى ليست زوجته ، فإن النسب يثبت للولد الحاصل من هذا الوطء ولا يحد الفاعل لأنه اعتمد على عقد الزواج السابق الذى يعتبر شبهة حل استمتاعه بها ، كما اعتمد على الأخبار بأنها زوجته . وقيل أن هذه شبهة دليل ، إذ قول الواحد مقبول فى المعاملات .

٣ ـ أن يخالط الرجل المطلقة ثلاثا فى العدة أو المطلقة على مال فى العدة أيضاً ، سواء أكان ذلك بصيغة الخلع أم بصيغة الطلاق ، فيثبت النسب لأنها شبهة ليست مجردة بل هى مبنية على شبهة عقد : وهو عقد الزواج السابق على المبتوتة ثلاثا أو المطلقة على مال .

فإذا أتت إحداهما بولد لتمام سنتين أو أكثر من وقت الطلاق فلا يثبت نسبه من المطلق إلا إذا دعاه ، فيفرض أن الحمل به حينئذ كان عن وقاع بشبهة : أما إذ أتت بالولد قبل تمام سنتين من وقت الطلاق فإنه يثبت نسبه من الرجل من غير توقف على ادعاء ، ولا يكون ذلك من موضوع الشبهة وإنما يكون من موضوع الفراش الصحيح ، فإن الحمل يعتبر ثابتا وقت الزوجية وقبل الفراق للمحافظة على ثبوت نسب الولد .

وأما الشبهة فى المحل ، أى فى حل المرأة ، وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك . لأن الثابت فيها شبهة حكم الشريعة بالحل أو الملك :

وهى التى يقوم فيها دليل شرعى يفيد بحسب ظاهره ذلك الحل أو الملك ، لكنه يعارضه ما يمنع ثبوت ذلك ، فيكون قيام الدليل بشبهة للحل : وذلك كمخالطة الرجل جارية ابنه فإن ذلك حرام ، لكن فيه شبهة الحل بسبب ما يعطيه ظاهر الدليل الشرعى وهو قول الرسول عليه السلام (أنت ومالك لأبيك) فان هذا الظاهر يفيد أن جارية الابن ملك لأبيه . ولكن هذا الظاهر غير مراد بالإجماع . فاذا جاءت جارية الابن بولد وادعاه الأب يثبت نسبه منه .

ومن ذلك أيضاً مخالطة الرجل بمعتدته من طلاق بائن بلفظ من ألفاظ الكناية ، فان مخالطتها حرام ، لكن ذلك فيه شبهة حل بسبب اختلاف الفقهاء فى الكنايات ، لأن منهم من يقول إن الواقع بها طلاق رجعى ، فهذا القول لا بد أن يكون مستنداً إلى دليل ، وهو وإن كان غير معتد به فى نظر

الحنفية إلا أنه موجب شبهة الحل . فيثبت لذلك نسب الولد من المطلق .

وشبهة العقد عند أبى حنيفة يسقط فيها الحد عن الفاعل ويثبت النسب لأن الوطء تعلقت به شبهة العقد .

وعند أبى يوسف ومحمد والأئمة الثلاثة ، أن النسب لايثبت ويحد أن كان عالما بالحرمة لأنهم يعتبرون الفعل زنى .

أما إذا لم يكن عالماً بالحرمة ، فإن الحكم فيه عندهما هو الحكم عند أبى حنيفة فيسقط الحد ويثبت النسب .

فإذا اتصل الرجل بامرأة إتصالا جنسياً بناء على شبهة ثم أتت بولد ثبت نسبه منه إذا جاءت به بعد مضى ستة أشهر أو أكثر من وقت الإتصال للتأكد بأن هذا الحمل حدث بعد هذا الإتصال ، وإن جاءت به قبل مضى ستة أشهر لا يثبت النسب منه للتأكد بأن الحمل حدث قبل هذا الإتصال ، إلا إذا ادعاه فإنه يثبت النسب منه ويحمل ذلك على أنه اتصل بها قبل ذلك بناء على شبهة أخرى .

أما إذا لم يكن الإتصال بناء على عقد صحيح أو فاسد أو شبهة تمحو وصف الزنى فإن النسب لا يثبت به .

والدعوى شرط لثبوت النسب فى الاتصال الجنسى المبنى على شبهة عقد فإذا لم يدع الرجل النسب لا يثبت .

ثبوت النسب فى ملك اليمين

قسم الفقهاء الفراش إلى أربعة أقسام :

١ — فراش ضعيف : وهو فراش الأمة قبل استيلادها : فإذا حصن السيد أمته ومنعها من الاختلاط بالرجال واتصل بها اتصالا جنسياً ثم جاءت بولد ، فإن هذا الولد لايثبت نسبه من سيدها إلا إذا ادعاه . فإذا نفاه

أو سكت لا يثبت نسبه لأنه فراش ضعيف ، ولا يجب فى نفيه لعان ، ولكن يأثم بنفيه ، لأنه لا يحل له شرعاً أن ينفيه .

٢ — وفراش متوسط . وهو فراش الأمة بعد استيلادها . وهى التى ولدت لسيدها ولداً من قبل وادعاه . فإذا جاءت بولد آخر منه فادعاه سيدها أو سكت ثبت نسبه منه . أما إذا نفاه فإنه ينتفى ولا لعان فيه ، لأن الحرية من شروط اللعان .

٣ — وفراش قوى : وهو الفراش الثابت بالزوجية الصحيحة شرعا أو ما فى حكمها ، كفراش المطلقة رجعيا فى العدة . فإن النسب يثبت فيهما ولا ينتفى إلا بالنفى فى أوقات محددة سبق بيانها وإذا نفاه لا ينتفى إلا باللعان بينهما .

٤ — وفراش أقوى : وهو فراش المعتدة من طلاق بائن فإن نسبه يثبت ولا ينتفى بالنفى إذا جاءت به فى العدة المعتبرة شرعا . ولا لعان فيه ، لأن من شروط اللعان قيام الزوجية حقيقة أو حكما .

ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول

المطلقة قبل الدخول لا يثبت نسب ولدها عند الحنفية إلا بتحقق شرطين :

الأول — أن تجيء بالولد لستة أشهر فأكثر من وقت العقد .

الثانى — أن تجيء بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق .

فإذا اختلف شرط من هذين الشرطين لا يثبت نسب ولدها من زوجها .

وعلى هذا فإنها إذا تزوجت فى أول يناير وطلقت فى أول أغسطس وولدت فى أول ديسمبر يثبت نسب الولد ، لأنها جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد ولأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق .

أما إذا تزوجها فى أول يناير وطلقها فى أول مارس وجاءت بالولد فى أول يونيو لايثبت نسب الولد ، لأنها جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين العقد ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ، فالشرط الأول لم يتحقق ، وانتفاء الشرط يترتب عليه انتفاء الشروط وهو ثبوت النسب . لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر . فاثباتها به لأقل من ستة أشهر من حين العقد دليل على حصول الحمل قبل العقد .

وإذا تزوجها فى أول يناير ، وطلقها فى أول أغسطس وولدت فى أول مارس من السنة التالية لايثبت نسب الولد . لأن الشرط الأول وهو مجيء الولد لستة أشهر فأكثر من العقد قد تحقق ، إلا أن الشرط الثانى وهو مجيء الولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق لم يتحقق ، لأنها جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق . وانتفاء الشرط يترتب عليه انتفاء المشروط .

واشتراط الحنفية هذين الشرطين للتيقن من أن الولد من الزوج ، لأن كل امرأة لاعدة عليها عندهم لايثبت نسب ولدها من مطلقها إلا إذا علم يقينا أنه منه ، ولايتحقق هذا اليقين إلا إذا ولدته لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد وأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق .

ثبوت نسب ولد المعتدة من طلاق رجعى

المرأة المعتدة من طلاق رجعى إما أن تكون كبيرة أو صغيرة ، وفى كل منهما إما أن تقر بانقضاء عدتها أم لا ، وسنبين حكم ثبوت نسب الولد فى كل حالة .

فالكبيرة إذا لم تقر بانقضاء عدتها . إن جاءت بولد لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق ثبت نسبه من الزوج وبانت منه بالولادة لانقضاء عدتها بها .

ويحمل ذلك على وجود الحمل فى الرحم قبل الطلاق حيث لم يمض عليه أكثر مدة الحمل التى هى سنتان ، واحتمال حدوث الحمل بعد الطلاق لا يكون دليلا على الرجعة لأن الرجعة لا تثبت بالشك .

وإن جاءت به لأكثر من سنتين من تاريخ الطلاق ثبت نسبه من الزوج ، ويحمل ذلك على أنه وطئها فى العدة ، لأن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ولا يرفع حل وطئها ، فهى زوجة له حكما ، والفراش قائم ما دامت العدة باقية ، وهى باقية مادامت لم تقر بانقضائها لأن ذلك لا يعلم إلا من جهتها ، فيجوز أن تكون ممتدة الطهر ووطئها فى العدة . وتكون الولادة دليل الرجعة .

وإن جاءت به لتمام سنتين يثبت نسبه . غير أنه قد اختلف فى الرجعة ، فقيل أن العلوق به يكون رجعة . ويكون حكم الستين فى الرجعة .

وقيل إن العلوق به لا يكون رجعة ، وتنقضى عدتها بالولادة ، فيكون حكم السنتين على هذا الرأى هو حكم الأقل منها .

وإذا أقرت بانقضاء عدتها فى مدة تحتمل ذلك ، بأن تكون المدة بين الإقرار والطلاق ستين يوماً على قول أبى حنيفة ، وتسعة وثلاثين يوماً على قول الصاحبين . فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت نسبه للتأكد من قيام الحمل وقت الإقرار . ويحمل هذا الإقرار على كذبها أو خطئها فيه .

وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر من تاريخ الإقرار لا يثبت نسبه من المطلق ، لأن مجيء الولد لستة أشهر فأكثر بعد الإقرار يعلم منه أنه من علوق حادث بعده فلا يثبت نسبه منه .

وعند المالكية والشافعية أن المعتدة إذا أقرت بانقضاء عدتها بالقروء ،

ثم جاءت بولد لستة أشهر فأكثر من بعد انقضاء عدتها ، فإن نسبه يلحق بالزوج ما لم تتزوج أو يبلغ أربع سنيين .

ثبوت نسب ولد المعتدة من طلاق بائن

المرأة الكبيرة المعتدة من طلاق بائن ، إذا لم تقر بانقضاء عدتها وجاءت بولد لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق ، يثبت نسبه من المطلق ، لأنه يحتمل أن يكون الحمل موجوداً وقت الطلاق ، والنسب يحتاط فى إثباته إحياء للولد وستراً للمرأة ، وحملا لحالها على الصلاح .

وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت الطلاق البائن لا يثبت نسبه ، للتأكد من أن الحمل حدث بعد الطلاق ، فلا يكون منه . لأن وطأها فى العدة محرم عليه . ويلزم من ثبوت بقاؤه فى بطن أمه أكثر من سنتين ، وهو غير جائز . لكن إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنى ثبت نسبه .

وإن جاءت به لتمام سنتين من الطلاق البائن ، فقد اختلف فى ثبوت نسبه . فقال بعضهم بعدم ثبوته ، لأنه يلزم من ثبوته سبق العلوق على الطلاق . وبقاء الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين وهو غير جائز .

وقال آخرون بثبوت نسبه من المطلق . لأن الولد لم يمض عليه أكثر من سنتين من وقت الطلاق فيجوز أن يكون مخالطا لها وقت حصول الطلاق . فمع وجود هذا الاحتمال لا يجوز قطع نسب الولد وخدش شرف الأم : ولفظ الحديث بأن الولد لا يمكث فى بطن أمه أكثر من سنتين يؤيد هذا الرأى ، وأن السنتين قد ألحقت بالأقل منهما .

وإذا أقرت بانقضاء عدتها فى مدة تحتمل ذلك على ما مر . ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولا أقل من سنتين من وقت

الطلاق البائن ثبت نسبه للتيقين من قيام الحمل وقت الإقرار ، فيظهر كذبها أو خطؤها فيه .

وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار لا يثبت نسبه ، سواء أكان لأقل من سنتين من إبانتها أو لتمامها أو لأكثر منها .

أثر مدة الولادة فى ثبوت النسب

لو تعسرت الولادة واستغرقت زمناً جعل بعضها قبل مضى السنتين من يوم الفرقة وبعضها بعد مضى السنتين ، فإن العبرة فى ثبوت النسب وعدم ثبوته هو بخروج أكثر البدن أو عدم خروجه قبل مضى السنتين على الإبانة ، فإذا كان الخارج قبل السنتين هو الاكثر ثبت النسب ، لان هذا هو المعتبر فى انقضاء العدة ، وفى حق الإرث إذا مات قبل أن يخرج كله .

ثبوت نسب التوأم :

ولو جاءت المثبوتة بولدين أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر من السنتين .

فعند أبى حنيفة وأبى يوسف : إن نسب الولدين يثبت اعتباراً بمسألة الجارية إذا ولدت ولدين توأمين بعد بيعها ، أحدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لأكثر ، ثم ادعى البائع الولد الأول ، فإن نسبهما يثبت منه ، لأن الولدين خلقا من ماء واحد ، وينقض البيع ، ومثل ذلك أن يدعيهما البائع .

وقال محمد لا يثبت نسبهما ، لأن الثانى من علوق حادث بعد الإبانة فمن ضرورته أن يكون الأول كذلك . لأنهما من ماء واحد .

أما مسألة الجارية فإنه يحتمل أن يكون الثانى علقت به فى ملك البائع قبل البيع لعدم استحالة ذلك ، بخلاف الولد الثانى فى المثبوته ، حتى لو ولدت

أحدهما لأقل من سنتين والآخر لأكثر ينبغى أن يكون الحكم كذلك . ويمكن أيضاً أن يفرق بهما بأن البائع فى الجارية التزمه قصداً بالدعوى . والزوج لم يدع . حتى لو ادعى الزوج الأول كان مثله الثانى .

ثبوت نسب ولد الصغيرة المطلقة

الصغيرة إما أن تطلق قبل الدخول أو بعده ، وإما أن تقر بانقضاء عدتها أم لا . وإما أن تدعى حبلا أم لا .

فإذا طلقت قبل الدخول وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ولأكثر منها من حين العقد ثبت نسبه ، للقطع بوجوده قبل الطلاق لأنه لم يمض عليه بعد الطلاق فى بطن أمه أقل مدة الحمل .

وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق لا يثبت نسبه ، لأنه مضى عليه بعد الطلاق أقل مدة الحمل ، فلا يمكن الجزم بوجوده فى بطن أمه قبل الطلاق ، ولمضى مدة يمكن فيها تكوين الجنين .

وإذا كان الطلاق بعد الدخول وأقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من حين الإقرار ، ولأقل من تسعة أشهر من حين الطلاق ثبت نسبه وبطل إقرارها بظهور كذبها أو خطئها .

وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر من حين الإقرار لا يثبت نسبه لعدم الجزم بكذبها .

وإن لم تقر بانقضاء عدتها ولم تدع حبلا فعند أبى حنيفة ومحمد إن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه لظهور أنها كبيرة .

وإن جاءت به لتمام تسعة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه ، لانقضاء عدتها، لأن عدة الصغيرة لها جهة واحدة فى الشرع وهى ثلاثة أشهر بقوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى

لم يحضن) فيمضيها بحكم الشرع بانقضائها ، والصغر قائم مقام إقرارها بل هو أقوى ، لأن اخبارها يحتمل الكذب بخلاف الإنقضاء فإنه قد تحقق شرعا بمضى المدة المحددة .

وقال أبو يوسف إذا كان الطلاق بائنا ثبت نسب الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين أو لتمامها ، وإن كان الطلاق رجعيا ثبت نسب الولد إلى سبعة وعشرين شهراً ، لأنه يحتمل أن يطأها زوجها فى آخر الثلاثة الأشهر التى هى عدتها فحملت منه وبقى الولد فى بطنها سنتين ، ولأنها فى سن يحتمل بلوغها ، وأنها لم تقر بانقضاء عدتها فقد أشبهت الكبيرة فى احتمال حدوث الحمل ساعة فساعة فثبت نسب الولد منها إلى سنتين .

وإن ادعت حبلا وقت الطلاق وكان طلاقها بائنا ثبت نسب الولد لأقل من سنتين ، وإن كان الطلاق رجعياً وجاءت بولد لأقل من سبعة وعشرين شهراً ثبت نسبه . ولم تعامل هنا معاملة الكبيرة المطلقة رجعيا لأن عدتها متعينة بالأشهر فيحمل على أن الرجل قد واقعها فى آخر عدتها ومضى بعد ذلك سنتان ، بخلاف الكبيرة المطلقة رجعياً فإنه يجوز امتداد طهرها أو أن يطأها فى العدة ولو بعد سنتين .

ثبوت نسب ولد الصغير المتوفى عنها زوجها

إذا توفى زوج الصغيرة ولم تقر بانقضاء عدتها ولم تدع حبلا وقت الوفاة ثم جاءت بولد بعد الوفاة لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت نسب ولدها منه للقطع بوجود الحمل فى بطنها فى العدة ، حيث لم تمض عليه بعد انقضاء عدتها أقل مدة الحمل . ويظهر أنها كبيرة وتكون عدتها بوضع الحمل .

وإن ولدته لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام أو لأكثر لايثبت نسبه ، لأنه قد مضى بعد العدة ستة أشهر وهى كافية لتكوين الجنين وحدوثه بعدها .

وقال أبو يوسف يثبت نسبه إلى سنتين ، لأنها فى حالة يحتمل بلوغها فتكون كالكبيرة .

وإذا أقرت بانقضاء عدتها ، ثم جاءت بولد لستة أشهر فأكثر من حين الإقرار لايثبت نسبه اتفاقا ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين الإقرار ولأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من حين الوفاة يثبت نسبه لظهور كذبها .

وإن ادعت حبلا فحكمها كحكم الكبيرة ، فاذا جاءت به لأقل من سنتين أو لتمامها على الراجح يثبت نسبه لادعائها البلوغ بدعوى الحبل ، وظاهر الحال يشهد لها . لأنها مراهقة فتصدق فى دعواها . وإن جاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت نسبه .

ثبوت نسب ولد الآيسة

إذا لم تقر الآيسة بانقضاء عدتها وجاءت بولد بعد الطلاق الرجعى أو البائن فإنها تكون كذوات الاقراء . ويدل ذلك على أنها لم تكن آيسة . بل من ذوات الاقراء .

فيثبت نسب ولدها إن جاءت به لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق البائن ولا يثبت نسب ولدها إن ولدته لأكثر من ذلك .

أما فى الطلاق الرجعى ، فان نسب ولدها يثبت ان جاءت به لأقل من سنتين أو لتمام سنتين أو لأكثر من ذلك .

فإذا أقرت بانقضاء عدتها مطلقا غير مفسرة ذلك بالأشهر . وكان ذلك فى مدة يتصور فيها ثلاثة اقراء ، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولأقل من سنتين من وقت الطلاق البائن أو الوفاة يثبت نسبه .

وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر من حين الإقرار لا يثبت نسب ولدها

سواء كانت معتدة من طلاق بائن أو رجعى أو وفاة . لأنها أقرت بانقضاء عدتها مطلقا فيحمل هذا الإقرار على انقضاء العدة بالإقراء ، وإن العلوق كان من الغير بعد انقضاء العدة .

وإن أقرت بانقضاء عدتها بالأشهر ، فان بعض الفقهاء سوى فى الحكم بين هذه الحالة وبين حالة عدم الإقرار بانقضاء العدة . فقال أن نسب الولد يثبت من المطلق إلى سنتين فى الطلاق البائن . وإلى مالا نهاية فى الطلاق الرجعى ، لأنها لما ولدت بطل إعتدادها بالأشهر لأنها غير آيسة . فصارت كأنها لم تقر بانقضاء العدة فتأخذ حكم غير المقرة ، وقال آخرون أن هذه الحالة تأخذ حكم حالة الإقرار بانقضاء العدة مطلقا . فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من حين الإقرار ، ولأقل من سنتين من الوفاة أو البينونة ثبت نسبه ، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يثبت نسبه .

ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها

المرأة الكبيرة المتوفى عنها زوجها . إذا لم تقر بانقضاء عدتها وجاءت بولد لأقل من سنتين من الوفاة . ثبت نسبه منه ، وإن جاءت بولد لأكثر من سنتين من وقت الوفاة لا يثبت نسبه إلا بدعوة من الورثة . فان كانوا من أهل الشهادة وتحقق فيهم نصابها بأن كانوا رجلين أو رجلا وامرأتين ثبت نسبه من الميت فى حق كافة الناس . وإن لم يكونوا من أهل الشهادة ثبت نسبه فى حق المقرين لا غير . ويزاحمهم فى الميراث .

وإذا أقرت بانقضاء عدتها ـ أربعة أشهر وعشرة أيام ـ ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولأقل من سنتين من وقت الوفاة ثبت نسبه من المتوفى ، لأنها جاءت به فى أقل مدة للحمل ، فعلم أنها كانت حاملا وقت الوفاة .

وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار ولأقل من سنتين من وقت الوفاة لايثبت نسبه ويحمل إقرارها على الصحة مادام أن الولد فى هذه الحالة من علوق بعد الوفاة . وكذلك ان جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولأكثر من سنتين من وقت الموت لايثبت نسبه أيضاً .

وعند زفران المعتدة من وفاة إن جاءت بولد لعشرة أشهر وعشرة أيام فأكثر من حين وفاة زوجها أو جاءت به بعد انقضاء عدتها وهى أربعة أشهر وعشرة أيام لستة أشهر فأكثر فإن نسبه لايثبت من المتوفى . أما إذا جاءت به لأقل من ذلك فإن نسبه يثبت منه ، لأن لانقضاء عدتها جهة واحدة هى مضى أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرة) فإذا لم تقر قبل انقضائها بالحبل فقد حكم الشارع بانقضاء عدتها فصار ذلك كاقرارها وعلى ذلك إذا جاءت بالولد بعد انقضاء العدة لتمام ستة أشهر فأكثر لايثبت نسبه من المتوفى وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت انقضاء العدة فإن نسبه يثبت منه .

اللعان وشروطه وآثاره

إذا قذف الرجل زوجته بالزنى أو نفى نسب ولدها ولم يستطع إثبات ذلك بشهادة الشهود الأربعة ، فإنه يجب اللعان بينهما .

بقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين) .

واللعان هو أربع شهادات مؤكدات بالإيمان مقرونة باللعين من قبل

الزوج ، والغضب من جانب الزوجة ، قائمة مقام حد القذف فى حق الرجل ، وحد الزنى فى حق المرأة .

ويشترط فى اللعان عند الحنفية مايشترط فى أداء الشهادة من الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والنطق والسمع وعدم الحد فى قذف . ويشترط فى الزوج زيادة على ذلك عدم إقامة البينة على صحة قوله . وبالنسبة لها إنكارها لوجود الزنى منها وعفتها ، وأنها لم توطأ بشبهة ولا بنكاح فاسد ، كما يشترط أن يكون القذف نصا فى الزنى وأن يكون حاصلا فى دار الإسلام وأن تكون الزوجية قائمة ، وأن يكون العقد صحيحاً .

فلا لعان مع المبانة ولا مع المعقود عليها عقداً فاسداً ، ويشترط أن تطالبه الزوجة بموجب القذف ، فإن أبى حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد .

وعند الشافعى ومالك : أن اللعان يمين لا شهادة ، لأن الشخص لا يشهد لنفسه ، وتسميته شهادة مجاز عن الحلف لقيام اليمين مقام الشهادة .

وعلى ذلك لا يشترط فيه تلك الشروط ، وإنما يشترط فيه عفة المرأة وحصول الزوجية ولو لم تكن موجودة وقت اللعان . فيصبح اللعان من الأعمى والأخرس والأصم والفاسق والمحدود فى قذف والمسلم الذى تحته كتابية ومن الرقيق مع الرقيقة والحرة ومن الزوج مع مبانته .

الآثار :

ويترتب على حصول اللعان الحكم بنفى نسب الولد من أبيه وإلحاقه بأمه ويكون أجنبياً عنه فيما يأتى :

١ — النفقة : فلا تجب بينهما نفقة الآباء على الأبناء وبالعكس .

٢ — الارث : فلا توارث بينهما .

ولا يكون أجنبياً عنه فيما يأتى :

١ — الشهادة : فلا تقبل شهادة كل منهما على الآخر .

٢ — الزكاة : فلا يجوز لأحدهما أن يعطى الآخر شيئاً من زكاة أمواله لاحتمال أنه ابنه أو أبوه .

٣ — القصاص : فلو قتله الرجل عمداً لايقتل فيه ، كما لو قتل الأب ابنه ، لأن الأب لايقتل بابنه عمداً عند الحنفية لأنه سبب فى ايجاده فلا يكون سبباً فى إعدامه .

٤ — المحرمية : فلا يجوز للملاعن أن يزوج بنته لمن نفاه أو لابنه ، لاحتمال أن يكون ابنه .

٥ — الالتحاق بالغير : فلو ادعاه غير الملاعن لايصح لاحتمال أن يكذب النافى نفسه . وقال بعض المحققين إذا ادعاه آخر بعد موت الملاعن يصح ، لأن الولد غير معلوم النسب ولا أمل فى اعتراف الملاعن به لموته . وصحح بعضهم دعوى غير الملاعن مطلقاً لأنه غير معلوم النسب .

وإذا مات ولد اللعان عن ولد ، فإما أن يكون ولد اللعان مذكراً أو مؤنثا ، فإن كان مذكراً وادعى الملاعن ولده بأن قال هذا ابن ابنى أو هذه بنت ابنى ثبت نسبه من الملاعن فيرث ارث ابن الابن أو بنت الابن وتلزمه نفقته وتجرى بينهما سائر الحقوق ويعد مكذباً نفسه ويحد حد القذف ، وإن كان ولد اللعان مؤنثا فلا يثبت نسب ولدها منه لاستغنائه بنسب أبيه لأن ولد البنت ينسب إلى الأب .

وقال الصاحبان يثبت نسبه منه فيكون ولد بنته لاعترافه بذلك وتجرى بينهما الحقوق من نفقة وارث وغيرهما ، ويحد حد القذف .

فإن لم يفرق القاضى بينهما فالزوجية قائمة ويترتب على ذلك أنه إذا مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر ، ولكن لايجوز لهما الوقاع والاستمتاع

لقول الرسول عليه السلام (المتلاعنان لا يجتمعان أبدا) وإن فرق بينهما القاضى بانت منه . ولكن لا يجوز له أن يعقد عليها مرة ثانية مادام كل منهما أهلا للعان ، فان خرجا عن الأهلية . أو خرج أحدهما جاز لهما عقد النكاح سواء فى العدة أو بعدها . ولا يرد الحديث المتقدم لأن الحكم منوط بصفة وقد زالت الصفة فيزول الحكم .

دعوى النسب بعد القانون

سبق أن ذكرنا أن العمل فى المحاكم كان يسير على مذهب أبى حنيفة طبقاً للمادة (٢٨٠) من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ولكن رئى أن العمل بهذا المذهب قد يؤدى إلى ثبوت نسب أولاد لغير آبائهم ، فصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وأصبح القضاة بالمادة (١٥) منه ممنوعين من سماع دعوى نسب الولد فى حالة الإنكار فقط إذا ثبت عدم التلاقى بين الزوجين من وقت العقد إلى حين الولادة ، أو إذا جاءت الزوجة به بعد سنة من غيبة الزوج عنها) فإذا أتت الزوجة بولد ولم يلتق الزوج بها من وقت العقد إلى الولادة واعترف الزوج به ثبت نسبه منه . وإن أنكر نسب الولد ورفعت المرأة الأمر إلى القضاء كان للمحكمة أن تسمع هذه الدعوى وتسير فى إجراءاتها ، فإذا أقام الزوج الدليل على أنه تزوجها بالتوكيل أو بالمراسلة وأنه لم يلتق بها منذ تزوجها إلى أن ولدت لا يسع القاضى إلا أن يرفض دعوى النسب ، ولا يكون للزوجة الحق فى طلب إجراء اللعان بينها وبين زوجها ولا فى إقامة البينة على إثبات النسب ولا فى طلب توجيه اليمين إلى الزوج لعجزها عن الإثبات .

وكذلك دعوى الزوجة التى غاب الزوج عنها . فإنها إذا ولدت بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، فان اعترف زوجها بنسب الولد ثبت نسبه منه وانتهى

الأمر عند ذلك . أما إذا أنكر نسبه ورفعت المرأة الأمر إلى القضاء ، فإن أثبت الزوج أنه كان غائباً عنها أكثر من سنة ولم يلتق بها رفضت المحكمة دعواها ، أما إذا عجز الزوج عن إثبات غيبته عنها سمعت المحكمة الدعوى وسارت فى إجراءاتها .

ويلاحظ أن القانون متفق مع مذهب الأئمة الثلاثة الذين يشترطون لثبوت النسب بالعقد الصحيح إمكان التلاقى بين الزوجين إمكاناً عاديا ولا يكتفون بالإمكان العقلى كمذهب الحنفية .

فإذا ثبت عدم التلاقى بين الزوجين أو كان التلاقى بينهما غير ممكن عادة لا يثبت النسب من الزوج .

والقانون قد اقتصر على منع السماع من الدعوى ولم يتعرض لثبوت النسب أو نفيه . وكان يمكن للمشرع أن يفصل فى هذا الأمر ويحكم بعدم ثبوت النسب لقيام الدليل الظاهرى على نفيه مستنداً فى ذلك على مذهب الأئمة الثلاثة بالنسبة للزوجة التى لم يلتق بها الزوج. أما بالنسبة لمن غاب عنها زوجها فكان يمكنه ذلك بناء على رأى محمد بن عبد الحكم الفقيه المالكى .

ولكنه لم يفعل ذلك ليكون للزوج منفذ إلى ادعاء الولد لو أراد ادعاءه ثانية وبعداً عن اتهام الزوجة بالزنى .

طرق إثبات النسب

للنسب طرق يثبت بإحداها عند الحنفية وهى :

١ — الزواج الصحيح وما ألحق به ، وهو الزواج الفاسد .

٢ — الإقرار أو الدعوة .

٣ — البينة .

٤ — النكول عن اليمين عند من يقول به من الحنفية .

الطريق الأول :

بينا أن الزواج الصحيح أو الفاسد سبب لثبوت نسب الولد إذا تحققت الشروط المعتبرة فى ذلك ، فمتى ثبت الزواج الصحيح أو الفاسد بأية وسيلة مقررة للإثبات فى الفقه الإسلامى ، كالشهادة أو الإقرار أو النكول عن عن اليمين عند من يخبره فى مثل هذه الحالة ، يثبت نسب الأولاد ، سواء كان عقد الزواج موثقاً فى وثيقة زواج رسمى أو كان عرفيا أو كان غير مقيد .

لأن الزواج إذا تم بإيجاب وقبول شرعيين من أهلهما ، مستوفياً كل أركانه وشروطه ترتبت عليه جميع آثاره الشرعية والقانونية ما دام لم يحصل هناك إنكار .

غير أن الزواج العرفى الذى لا يثبت في وثيقة زواج رسمية ، قد منع القانون رقم ٧٨ - لسنة ١٩٣١ فى حالة الإنكار سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بإشهاد رسمى فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ . كما منع سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج يقل عن ثمان عشرة سنة قرية حين رفع الدعوى . فإذا أنكر الزوج نسب الولد كان للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء وتطلب الحكم بثبوت نسب الولد من زوجها وللمحكمة أن تقبل منها إثبات الزوجية بكافة وسائل الإثبات المقررة شرعا ومتى أثبتتها قضت المحكمة بثبوت نسب الولد . ولكنها لا تحكم بثبوت الزوجية ، ولا بأى حق آخر غير النسب .

فقد جاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون (وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعا فى دعاوى النسب ، بل هى باقية على حكمها المقرر ، كما كانت باقية عليه رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة (١٠١) من اللائحة التنفيذية .

ودرج على ذلك قضاء المحاكم وقررت أن نسب الولد يثبت من زوجية مدعاة بعد أول أغسطس سنة ١٩٣١ ولو لم يوجد بها وثيقة زواج . وأن المنع من سماع دعوى الزوجية بعد أول أغسطس سنة ١٩٣١ إذا لم توجد وثيقة رسمية : قاصر على دعوى الزوجية لا يتعداها إلى سماع دعوى نسب الولد ، ولو كان من هذه الزوجية غير الثابتة .

الطريق الثانى : الإقرار أو الدعوة :

فالإقرار : من الطرق التى يثبت بها النسب ، ويسمى بالدعوى : والإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره ، إلا إذا صدقه الغير ، أو قامت البينة على صحة هذا الإقرار وأنه متى ثبتت البنوة أو الأبوة أو الأمومة لشخص ، ثبتت تبعا لذلك جميع الصلات النسبية الأخرى كالأخوة والعمومة وغيرها .

والإقرار بالنسب قسمان :

إقرار بنسب مباشرة ليس فيه تحميل النسب على الغير .

وإقرار بنسب غير مباشر ، فيه تحميل النسب على الغير .

أما الأول فلا يكون إلا باقرار بالبنوة المباشرة أو الأبوة المباشرة أو الأمومة المباشرة : كأن يقر بأن هذا الولد ابنه ، أو أن هذا الرجل أبوه أو أن هذه المرأة أمه : وأن النسب يثبت به من غير حاجة إلى بيان سبب النسب من زواج أو اتصال يشبهه ـ خلافا لمالك : ومتى توافرت الشروط المعتبرة لصحته ثبت النسب باقراره ، وكان للولد جميع الحقوق التى تثبت للأبناء على آبائهم كالإرث والنفقة وغيرها إذا تحققت الشروط الآتية :

١ — أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب ، فلا يكون له أب معروف لأن النسب متى ثبت لشخص لا يقبل الانتقال عنه إلى غيره .

وقد اختلف فى اعتبار الشخص مجهول النسب عند الحنفية ـ فقال بعضهم إن مجهول النسب هو الذى لا يعلم له أب فى البلد الذى ولد فيه : وقال بعضهم: إن مجهول النسب هو الذى لا يعلم له أب فى البلد الذى يوجد فيه : ورجح بعض المشايخ هذا القول : لأنه يترتب على الأخذ بالقول الأول أن المغربى إذا انتقل إلى بلد فى المشرق ووقعت له حادثة يلزم البحث عن نسبه فى المغرب ، وفى هذا من الحرج ما لا يخفى ، والحرج مدفوع شرعاً ، والظاهر أنه لا يكتفى الآن فى الحكم بجهالة النسب بعدم معرفة الأب فى البلد الذى يوجد الشخص فيه ، بل لابد ألا يكون له أب معروف فى البلد الذى ولد فيه أيضاً : لأنه إذا كان له أب معروف بأحدهما لا يصح الإقرار ببنوته ، لأن إثبات النسب يحتاج إلى الاحتياط ، والحرج الذى يترتب على البحث فى البلد الذى ولد فيه الشخص أصبح غير موجود الآن بعد سهولة الاتصال بين البلاد المختلفة ، وسهولة التعرف على الأشخاص فى البلاد التى ولدوا فيها مهما بعدت البلاد ، واتسعت الشقة .

وقد استثنى من هذا الشرط . الولد . الذى نفاه أبوه وحكم القاضى بانتفاء نسبه من أبيه بعد إجراء اللعان بينه وبين زوجته . فان هذا الولد لو ادعى أحد بنوته لا يثبت نسبه منه . مع أنه بعد القضاء بنفى نسبه أصبح مجهول النسب : وذلك لاحتمال أن الرجل بعد اللعان والحكم بانتفاء النسب ، يرجع ويكذب نفسه فيما ادعاه من أن الولد ليس ابنه . وفى هذه الحالة يحكم بثبوت نسب الولد منه : ولتوقع هذا الاحتمال اعتبر الولد كأن له أباً معلوما ، ومن كان له أب معلوم لا يصح الإقرار ببنوته ـ ويستمر ذلك إلى وفاة المقر وحينئذ يتأكد انقطاع هذا الاحتمال ويصح الإقرار بنسبه حينئذ .

٢ — أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل المقر ، بأن يكون فى سن تسمح أن يكون ابنا للمقر . فلو كان المقر له أكبر من المقر أو مساويا له

فى السن أو مقاربا له بحيث لايمكن أن يكون ابناً للمقر ، لم يصح إقراره . لأن الواقع يكذبه فى إقراره . ويقول فقهاء الحنفية إن الغلام لا يولد له قبل بلوغ سن الثانية عشرة . وعلى هذا لابد أن يكون سن المقر أكثر من سن المقر له باثنتى عشرة سنة ونصف على الأصل ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر .

٣ — أن يصدقه المقر له فى إقراره إن كان مميزاً ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فلا يتعداه إلى غيره إلا ببينة أو تصديق - فإن كان المقر له بالبنوة غير مميز ثبت نسبه من غير حاجة إلى تصديقه لأنه ليس أهلا للتصديق . وفى ذلك مصلحة له من ثبوت نسبه من المقر فلا يتوقف على التصديق - وإذا كان المقر له مميزاً لايشترط تصديقه فى مجلس الإقرار ، بل يصح فى أى وقت حتى ولو كان بعد موت المقر ، لأن الإقرار بالنسب يتعلق به حق المقر له ، فلا يملك المقر الرجوع عنه ، ويبقى قائماً مادام المقر له حياً ، فإن مات قبل التصديق بطل الإقرار لانتفاء الفائدة من بقائه حينئذ .

ولو كذب المقر فى إقراره لا يبطل الإقرار - فلو رجع المقر له وصدق المقر فى إقراره تم الإقرار وثبت نسبه . لأن الإقرار بالنسب لايبطل بالرد - وذلك بخلاف الإقرار فى الحقوق المالية فإنه يبطل بالرد من المقر له .

٤ — أن يكون المقر له بالنسب حياً عند الإقرار . فلو أقر شخص بأن محمداً ابنه، وكان المقر له بالبنوة ميتاً لم يصح هذا الإقرار ولا يثبت به النسب، لأن النسب يحتاج إليه فى حال الحياة لتشريف الشخص وتكريمه، وبعد الموت لا يحتاج إلى ذلك ، فلا يكون هناك فائدة من إثباته . ولأن الإقرار بالنسب بعد موت المقر له يكون المقصود فيه إثبات الحق للمقر فى الميراث ، ويكون فى الحقيقة دعوى لاستحقاق المال ، والمال لايستحق بالدعوى المجردة عن

الإثبات . إلا أنه إذا كان للابن المتوفى المقر بنسبه أولاد . صح الإقرار بنسبه بعد وفاته ، سواء كان الأولاد ذكوراً أم أناثا ، لأن ذلك فيه مصلحة لهؤلاء الأولاد ، لاحتياجهم إلى ثبوت نسب أبيهم ،وفى ثبوت نسب أبيهم تكريم وتشريف لهم .

أما إذا كان المقر له بنتاً وماتت قبل الإقرار ببنوتها وتركت أولادا ذكوراً وأناثا ، فقد اختلف فى صحة الاقرار ببنوتها بعد الوفاة . فعند أبى حنيفة لا يصح الإقرار بالبنوة بعد وفاتها ، لأن أولاد البنت لا ينسبون إلى جدهم من جهة الأم ، وإنما ينسبون إلى أبيهم وجدهم من جهة الأب . فلا يحتاجون إلى ثبوت نسب الأم من جدهم من جهة الأم ، فلا يكون هناك داع إلى تصحيح الإقرار بعد وفاة الأم .

وقال الصاحبان : يصح الإقرار ببنوتها بعد الوفاة ، لأن أولاد البنت ينسبون إلى أمهم كما ينسبون إلى أبيهم . وفى ثبوت نسبها تكريم وتشريف لهم ، كما فى ثبوت نسب أبيهم لأن الإنسان كما يتشرف بالأب يتشرف أيضاً بشرف الأم ويصير كريم الطرفين . وقول أبى حنيفة هو الراجح فى المذهب .

٥ — أن لا يصرح المقر أن الولد ابنه من الزنى ، فإن صرح فى إقراره بذلك لا يثبت النسب منه ، لأن الزنى لا يصلح سبباً للنسب ، لأن النسب نعمة لا تنال بالمحظور .

وإذا أقر شخص بأن فلاناً أبوه ثبتت أبوته له إذا لم يكن له أب معروف فى البلد الذى ولد فيه أو البلد الذى يوجد فيه ـ على حسب الخلاف السابق ، وكان يولد مثله لمثل الشخص المذكور وصدقه المقر له فى إقراره .

وإذا أقرت امرأة بأن هذا الولد ابنها ، فإن لم تكن متزوجة ولا معتدة من زواج صحيح أو فاسد ثبت نسب الولد منها ، إذا لم تكن له أم معروفة ، وكان يولد مثله لمثلها وصدقها المقر له فى إقرارها إن كان مميزاً . لأن المرأة

تملك الإقرار بالنسب كالرجل ، وليس فى هذا الإقرار تحميل النسب على الغير فيثبت النسب بإقرارها ، كما يثبت بإقرار الرجل .

وإن كانت متزوجة أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد يثبت النسب بإقرارها إذا ادعت أن الولد من غير زوجها ، لأن فى هـذا الإقرار إلزاماً لنفسها دون غيرها وهى أهل للالتزام بالنسب كالرجل فينفذ عليها .

وإن لم تدع أنه من غير زوجها فلا يثبت النسب بإقرارها إلا إذا صدقها الزوج فى ذلك ، لأن إقرارها بالولد فيه تحميل لنسبه على الزوج . فلا يلزم بقولها إلا إذا صدقها ، وإذا صدقها يكون مقرا بنسبه ، فيثبت نسبه منهما ، إذا تحققت الشروط المقررة شرعاً .

وإذا أقر الرجل بنسب الولد ، فلا يلزم أن تصدقه زوجته فى إقراره ، ولا أن يقيم البينة لالزامها ، لأن الرجل يجوز له الزواج بأكثر من امرأة واحدة ، فلا يلزم لثبوت نسب الولد منه ثبوت نسبه من زوجة معينة له ، ولو ادعى أنه ابنه من زوجته هذه فإنه يثبت النسب منه لكن لا يثبت النسب من المرأة إلا أن تصدقه أو يقيم البينة عليها أو يكون بينه وبين هذه المرأة زواج ظاهر ، وسن الولد تسمح باسناده إلى هذه الزوجية الظاهرة .

ولا يشترط فى الإقرار بالنسب أن يكون باللفظ ، بل إنه يصح بالإشارة مع القدرة على النطق ، لأنه يحتاط فى النسب ما لا يحتاط فى غيره . وذلك بخلاف الإقرار بالحقوق المالية . ويصح الإقرار بالنسب بالكتابة من باب أولى .

النوع الثانى : وهو الإقرار بالنسب غير المباشر والذى فيه تحميل النسب على الغير كأن يقر شخص بأخوة فلان أو عمومته أو أنه جده أو ابن ابنه - فإنه لا يثبت النسب به إلا بالبينة أو تصديق المقر عليه إن كان حياً أو اثنين من الورثة إن كان ميتاً ، فإن لم يتحقق واحد منهما لا يثبت النسب

بهذا الإقرار ، لأن هذا الإقرار يقتضى تحميل النسب على غير المقر ، والإقرار حجة قاصرة على المقر دون غيره . ولا يثبت فى حق الغير إلا إذا صدقه الغير ، أو قامت البينة على صحة الإقرار ، ويتوقف فيه ثبوت النسب من المقر على ثبوته من غيره . غير أن المقر يعامل بإقراره فى حق نفسه ، ولا يكون له أى أثر فى حق غيره .

فإذا أقر بأن فلاناً أخوه . وكان المقر موسراً والمقر له فقيراً عاجزاً عن الكسب فرضت عليه نفقته ، وإذا مات أبو المقر بالأخوة وترك أولاداً منهم هذا المقر ولم يصدقه أحد منهم فى إقراره ، فإن المقر له لا يرثه ولكن يشارك المقر فيما ورثه عن أبيه معاملة له باقراره ويأخذ نصف نصيبه إن كان ذكراً وثلثه إن كانت انثى .

وقال بعض المحققين إن المقر له لا يأخذ من المقر إلا المقدار الذى دخل فى حصته من نصيب المقر له ، ومادخل من نصيبه فى حصص باقى الورثة يعتبر هالكا لأن المقر يعترف بأن المقر له يستحق فى مجموع التركة ، وفيه يبطل إقراره بالنسبة لما دخل فى حصص باقى الورثة ، وصح بالنسبة لما دخل فى حصته فيستحق المقر له الجزء الذى دخل فى نصيب المقر لاغير : فإذا مات محمد وترك خالدا وعلياً وكانت التركة تساوى مائة وثمانين جنيها . فأقر خالد بأن حامدا أخوه ولم يوافقه على . فعلى الرأى الأول يستحق حامد نصف نصيب خالد وهو خمسة وأربعون جنيها وعلى الرأى الثانى يستحق حامد ثلاثين جنيها .

وإذا مات المقر بالأخوة ولم يترك أحدا من الورثة ورثه المقر له ، وإذا كان له أحد من الورثة ولو من ذوى الأرحام فلا يستحق المقر له شيئاً فى فى التركة لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره .

الفرق بين الإقرار بالنسب المباشر وغير المباشر

سنبين هنا أهم الفروق بين الإقرار الذى فيه تحميل النسب على الغير والإقرار الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير على الوجه الآتى :

١ — أن النسب فى الإقرار الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير ، يثبت بالإقرار المجرد مادامت شروطه متحققة ، أما الإقرار الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير فلا يثبت به النسب مجردا البته ؛ وإن كان النسب يمكن أن يثبت فيه بالبينة . فمرد الثبوت هنا ليس الإقرار ، بل هو البينة .

٢ — إن الإقرار الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت فيه النسب أولا من المقر ، ثم يسرى منه إلى غيره . أما الإقرار الذى فيه تحميل النسب على الغير فإن النسب يثبت فيه أولا من غير المقر ، ثم يسرى منه إلى المقر .

٣ — إن الدعوى بالنسب تصح أن تكون مجردة عن أى حق آخر إذا كانت من النوع الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير مادام المدعى عليه حياً ، لأن النسب فى هذه الدعوى مقصود لذاته ـ والمدعى عليه خصم فيها ، لأنه هو الملزم بالدعوى مباشرة .

وإذا كان المدعى عليه فى النسب الذى ليس فيه تحميل النسب على الغير ـ ميتاً ـ فإن الدعوى بالنسب مجردا لاتسمع ـ لأن دعوى النسب بعد الموت ليس الغرض منها مجرد ثبوت النسب ، بل التوصل لحق آخر مبنى على ثبوت النسب ، فالنسب فى هذه الحالة ليس غاية بل وسيلة ، وأيضاً فإن المدعى عليه فى النسب متوفى ولا تقام الدعوى على متوفى ، فلا بد من رفعها على آخر حى بحق آخر ، ويكون النسب تابعاً .

وكذلك إذا كانت الدعوى حال الحياة بغير الأبوة أو البنوة ، لأن قصد المدعى فيها ليس إثبات النسب المجرد . فالخصم فى إثبات النسب ليس هو المدعى عليه ، بل هو شخص آخر كالأب فى الإدعاء بالأخوة ، والجد

فى الادعاء بالعمومة ، وهكذا فالمقصود من هذه الدعوى هو حق آخر كالنفقه أو الإرث .

إثبات الإقرار

إن الاقرار بالنسب فى غير مجلس القضاء صحيح ، لأن الفقهاء لم يشترطوا فى صحة الإقرار بالنسب أن يكون فى مجلس القضاء .

ويمكن اثبات الإقرار السابق على مجلس القضاء بكافة طرق الاثبات الشرعية . بالكتابة (سواء كانت وثيقة الاقرار رسمية أو عرفية بخط المقر أو بخط غيره ووقع هو عليها) أو بالبينة أو بالنكول على اليمن على ماهو الراجح من المذهب : وهذا الحكم يثبت فى جميع الأحوال . سواء فى حال حياة المقر أو بعد وفاته .

وقد ألغيت المادة رقم ١٢٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ التى كانت تنص على أنه (لاتقبل دعوى بالاقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها ولا الشهادة به إلا إذاكان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء أو كان مكتوباً وعليه إمضاء المقر أو ختمه أو وجدت كتابة تدل على صحته) فهذه المادة كانت تشترط فى دعوى الاقرار الذى لم يصدر فى مجلس القضاء وقت قيام الخصومة ، الاثبات فيه بالكتابة مخالفة بذلك الراجح فى مذهب الأحناف.

وبإلغاء هذه المادة بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تعين الرجوع والعمل بالراجح مذهب أبى حنيفة فى هذه المسألة طبقاً للمادة ٢٨٠ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وقد سبق بيان ذلك .

وقطعاً للاحتيال والادعاء الزور بأن الشخص كان قد أقر فى حياته بالبنوة اعتمادا على اثبات مثل هذه الدعوى الباطلة بشهادة الشهود فقد تقرر فى المادة ٩٨ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ القواعد الخاصة بسماع دعوى

الإقرار أو الشهادة به بعد وفاة المدعى اقراره ، وأنها لاتسمع مثل هذه الدعوى أو الشهادة إلا إذا كان هناك مسوغ لسماعها يترجح معه أن الدعوى ليست مزورة ولا ملفقة فقد نصت المادة على ماياتى :

(لاتسمع عند الانكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الاقرار بواحد منها ، وكذلك الاقرار بالنسب أو الشهادة على الاقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة الف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأما الحوادث الواقعة من سنة الف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاه الموصى أو المعتق أو المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر) فهذه الماده قد بينت أن الاقرار بالنسب فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ لا تسمع الدعوى بعد وفاه المقر (المورث) إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى ، سواء كانت رسمية أو عوفية مصدقاً عليها أم غير مصدق ، سواء كانت صادر من المقر أم لم تكن صادوه عنه ـ والمراد بخلو الأوراق من شبهة التصنع أن لا يظهر منها ما يدل على أنها قد أعدت لتكون مسوغا لسماع هذه الدعوى .

وليس المراد من دلالتها على صحة الدعوى أنها كافية فى الاثبات ، بل المراد أنها ترجح أن هذه الدعوى ليست مزورة ولا ملفقة . غير أنها إن كانت كافية فى الاثبات فإنها تعتبر مسوغا لسماع الدعوى ومثبتة لها فى الوقت ذاته ، وإلا فيمكن تكميل الاثبات بشهادة الشهود أو بغيرها من الأدلة .

أما الحوادث الواقعة بعد سنة ١٩١١ فقد تقرر أن الدعوى بالاقرار بالنسب لاتسمع إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو أوراق عرفية مكتوبة

جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه . أى أن المسوغ لسماع الإقرار بالنسب فى هذه الحوادث أحد أمرين .

١ — أوراق رسمية ، سواء كانت صادرة من المقر (المورث) أم من غيره متى كانت دالة على صحة الدعوى . فإن كانت هذه الأوراق كافية فى الاثبات فإنها تكون مسوغا لسماع الدعوى ومثبتة لها فى الوقت ذاته ، وإلا فيمكن تكميل الإثبات بشهادة الشهود أو بغيرها من الأدلة .

ويلحق بالأوراق الرسمية الأوراق العرفية المصدق فيها على توقيع المتوفى إذا كانت هى ورقة الإقرار حسبما جاء فى تقرير مجلس الشيوخ عن مشروع قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

٢ — الأوراق العرفية المكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك ، فلا يكفى أن تكون مكتوبة جميعها بخط المتوفى فقط . أو يكون عليها توقيعه فقط ، بل لا بد من تحقيق الأمرين معاً .

دعاوى النسب

إن الأمر يختلف فى دعاوى النسب بين أن تكون الدعوى فيها تحميل النسب على الغير وبين أن تكون الدعوى ليس فيها تحميل النسب على الغير .

١ — فإذا لم تكن الدعوى متضمنة تحميل النسب على الغير ، وهى الدعوى بالنسب بين الأب والابن ، أو بين الابن والأم ، فإنها تقبل مجردة عن أى حق آخر إذا كان المدعى عليه حيا .

وصورتها أن ترفع الدعوى ضده طالبا الحكم بثبوت نسبه منه مجردا عن طلب أى حق آخر . وأساس قبولها هو أن المدعى عليه فى الدعوى حى ممثل فيها . وهو الملزم بالدعوى مباشرة .

أما إذا كان المدعى عليه ميتا فإن دعوى النسب لا تسمع إلا إذا كان ضمن

حق آخر . وسبب ذلك أن المدعى النسب منه غائب . والدعوى على الغائب لاتقبل إلا ضمن دعوى أخرى على حاضر .

٢ — وإذا كانت الدعوى بالنسب من النوع الآخر الذى فيه تحميل النسب على الغير ، فإنها لاتقبل مجردة عن حق آخر ، سواء كان المدعى عليه حى أم ميت ، ومثالها أن يدعى بالاخوة أو العمومة ، فإذا رفع دعوى على آخر طالبا اثبات النسب وقال أنه أخوه ، فإن هذه الدعوى لاتقبل ، لأنها دعوى نسب غير مباشر فيه تحميل النسب على الغير وهو الأب ، وهو ليس فى الدعوى . فتكون الدعوى مرفوعة على غير من حمل النسب عليه .

والدعوى من هذا القبيل تقبل إذا كانت ضمن دعوى حق آخر على حاضر وصورة ذلك ، أن يرفع الدعوى بطلب النفقة لصلة القرابة مثلا ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بنفى هذه الصلة ، وبأن المدعى ليس قريبا له ، فيكون المدعى هنا اثبات النسب لأنه ضمن دعوى حق آخر على حاضر .

وكما إذا رفع دعوى يطلب ميراثه . فينكر المدعى عليه صفته التى يستند إليها فى الميراث ، فعليه أن يثبت نسبه من المتوفى الذى يريد نصيبه فى تركته فهذه دعوى ميراث تضمنت نسبا .

الطريق الثالث البينة :

إن النسب يمكن ثبوته بإقامة البينة عليه وحده دون تعرض لاثبات الفراش أو شبهته ولا لاثبات الاقرار به .

والبينة فى النسب : شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، إذا كان الأمر يتطلب إثبات النسب . أما فى الحالات التى يكفى فيها اثبات الولادة ، كما فى المرأة المتزوجة التى تدعى نسب ولد ، ولا يصدقها الزوج ، فإن الحكم فيها ما ذكرناه فى اثبات الولادة من أنه يكفى شهادة القابلة ، والنسب فى هذه الحالة يثبت بالفراش الصحيح وما ألحق به .

كيفية الشهادة :

إن الشهادة مشتقة من المشاهدة والمعاينة ، فلا يجوز للشاهد أن يشهد إلا بشيء مقطوع به بطريق المشاهدة لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما (أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال له : هل ترى الشمس ؟ قال نعم ، قال : على مثلهما فاشهد أودع) .

غير أنه قد استثنى من ذلك الشهادة بالنسب وأمور أخرى . فانه يجوز للشاهد فيها أن يشهد إذا أخبره بها من يثق به : وهذا استحسان : لأن هذه الأمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ، وتتعلق بها أحكام تبقى على مر الزمن . فلولم تجز فيها الشهادة بالتسامع لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام ، والحرج مدفوع شرعا بقوله تعالى (ما جعل عليكم فى الدين من حرج) فالسنب يثبت بالولادة من الفراش الصحيح أوشبهته ، لكن لم تجر العادة بخصوصها إلا بالنسبة للخواص ، والناس عند رؤيتهم الولد مع أمه ينسبونه إلى الزوج .

لكن إذا فسر الشاهد للقاضى بأنه إنما يشهد بالتسامع والشهرة لم تقبل شهادته . لأن القاضى لو علم ذلك بنفسه لا يحكم بمقتضاه وكذلك الشهود .

وفى حالة الحكم بناء على الشهادة بالتسامع عند اطلاقها دون تفسير تكون العهدة على الشاهد لاعلى القاضى : وأجاز المتأخرون بأن الشاهد لو قال إنه لم يعاين ذلك لكنه اشتهر عنده قبلت شهادته . وإن قال إنه أخبره بذلك من يثق به لم تقبل الشهادة .

ولقد جرى القضاء على جواز الشهادة بالتسامع فى الزوجية والنسب وغيرهما ولو فسر الشاهد أنه إنما يشهد بناء على إخبار من يثق به استنادا إلى اختيار الخصاف ذلك . وهو من كبار رجال المذهب .

وبما أن المواد المتعلقة باجراءات الشهادة فى لائحة المحاكم الشرعية قد

ألذيت فيتبع فى ذلك ما جاء فى المادة (٢١٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية التى تنص على أنه (لرئيس الجلسة ولأى عضو من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه من الأسئلة مفيداً فى كشف الحقيقة) فللقاضى أن يسأل الشاهد عن السبب الذى بنى عليه شهادته ، فاذا ذكر أنه يشهد بناء على إخبار من يثق به ، ولم يقتنع القاضى بذلك لم يحكم بهذه الشهادة ، ومعنى ذلك أن أمر تقدير الشهادة متروك للقاضى ،

البينه أقوى من الاقرار فى إثبات النسب

إن البينة فى اثبات النسب أقوى من الإقرار به فلو أن رجلا أقر ببنوة ولد وثبت نسبه منه ، ثم جاء بعد ذلك آخر وادعى أنه ابنه هو وأقام البينة على ذلك ، حكم بنفى نسبه عن الأول والحق بالثانى : وإذا كان الحاصل من الثانى إقراراً مجرداً عن البينة فانه لا يقبل هذا الإقرار ولا ينتفى النسب عن الأول لأن الولد صار معروف النسب فلا يصح إقرار الثانى به ، لأن من شروط صحة الإقرار بالولد أن يكون مجهول النسب .

وإثبات النسب من الرجل الثانى ونفيه عن الأول إذا تأيدت دعوى الثانى بالبينة ليس فسخا لنسب الأول وإنما هو حكم على الإقرار بأنه كان غير صحيح حيث تبين كذبه بشهادة الشهود .

شروط ثبوت النسب بالبينه :

يشترط لثبوت النسب بالبينة :

أولا : أن لا تكون الدعوى مستحيلة أو مما يكذبها الظاهر : فاذا ادعى بنوة من لا يولد مثله لم تقبل دعواه ولا تسمع بينته لاستحالة الدعوى . وكذلك لو ادعى بنوة ولد ثبت نسبه من غيره لفراش صحيح أو بشبهته لأنها مما يكذبها الظاهر .

ثانيا : أن تكون دعوى النسب مما تثبت بإقرار المدعوى عليه . فلو أنه

أقام دعوى نسب مجردة عن دعوى المال على من لا يثبت النسب بإقراره ، كدعواه على شخص أنه عمه أو أخوه أو جده في حالة حياة أبيه ، لا تقبل دعواه ولا تسمع بينته . إلا إذا كان يدعى إقرار من يحمل النسب عليه . وقد سبق بيان كيفية اثبات الإقرار فى حياة المقر وبعد موته .

أما إذا كانت دعوى النسب غير المباشرة مقترنة بدعوى المال ، كأن يدعى نفقة على من يزعم أنه أخوه أوعمه ، أو يدعى مشاركته له فى الإرث، فان الدعوى تكون مقبولة ويمكن سماع البينة فيها . غير أنه يثبت بها هنا الاستحقاق فى المال ، ولا يثبت النسب إلا إذا أثبتت البينة سلسلة نسب المدعى إلى المحل عليه النسب ، فانه يثبت بها كل من النسب والحق المترتب عليه .

ولا يشترط لثبوت النسب بالبينة أن تتضمن الدعوى به ادعاء الزوجية بين الأب المدعى ثبوت النسب منه وبين أم الولد المراد اثبات نسبه . كما لا يشترط ادعاء حصول الإقرار بهذا النسب ، بل يكفى ادعاء النسب وإثباته بالبينة من غير تعرض لإثبات الفراش ولا للاقرار لا فى الدعوى ولا فى الشهادة .

المراد بالانكار فى المادة (٩٨) من القانون :

إن المراد بالإنكار : هو إنكار من يراد اثبات إقرار المتوفى بنسبه وإلزامه به انكارا معتبرا شرعا . وهو الإنكار المطلق الذى لم يسبقه إقرار مطلقا لا فى حالة الخصومة أمام القضاء ولا قبلها ، فاذا كان المدعى عليه قد سبق أن أقر فى غير مجلس القضاء صدور إقرار من المتوفى ثم أنكر ذلك حال قيام الخصومة فان هذه الحالة تكون حالة إقرار لا يطلب فيها تقديم مسوغ لسماع الدعوى بإقرار المتوفى ـ لأن الاقرار السابق صدوره من المدعى عليه تصرف صادر عن عاقل ، وتصرفات العقلاء يجب صيانتها عن

العبث ، ومقتضى ذلك أنه كان يقصد من إقراره اثبات حق المقر له ، فيجب المحافظة على تنفيذ هذا القصد .

وذهب البعض إلى أن المراد بالانكار فى المادة ينصرف إلى الانكار فى مجلس القضاء سواء سبقه إقرار فى غير مجلس القضاء أم لم يسبقه ، وعلى ذلك يجب لسماع الدعوى تقديم المسوغ فى كل حال وجد فيه الانكار فى مجلس القضاء .

ومذهب الحنفية يقضى بأن الانكار الذى سبقه إقرار ولو فى غير مجلس القضاء لايعتبر لأنه يكون رجوعا عن الاقرار السابق ، والرجوع عن الاقرار غير مقبول ، وهو مايؤيد الرأى الأول ، ولأن فى الأخذ به احتياطا فى النسب الذى يحتاط فى اثباته بقدر الإمكان .

النكول عن اليمين

تقضى القواعد المقررة فى المذهب الحنفى بأنه فى حالة عدم إقرار المدعى عليه وعجز المدعى عن الاثبات أن يحلف القاضى المدعى عليه بناء على طلب المدعى . فإن حلف قضى بسقوط الدعوى منعا المدعى من التعرض للمدعى عليه : ويسمى هذا قضاء ترك .

وان نكل وامتنع عن حلف اليمين قضى عليه بما ادعاه المدعى ، كما لو ثبتت الدعوى بالإقرار أو بالبينة : ويسمى هذا بقضاء الاستحقاق .

فاليمين : لاتوجه إلا للمدعى عليه . ولا توجه إلا بشرطين :

الأول : عجز المدعى عن إثبات دعواه . وهو قول أبى حنيفة : وعند أبى يوسف أن للمدعى أن يطلب تحليف المدعى عليه فى جميع الأحوال إلا أن تكون له بينة حاضرة بمجلس القضاء .

الثانى : أن يطلب المدعى من القاضى تحليف خصمه ، فلا يحلف القاضى المدعى عليه من تلقاء نفسه بدون طلب من الخصم إلا فى مسائل محصورة يحتاط فى اثباتها ، كاثبات الدين على الميت وإثبات حقوق الله تعالى كالحدود .

فإذا وجهت اليمين إلى المدعى عليه فليس له أن يردها على المدعى . بل إنه إما أن يحلف ، أو يمتنع عن الحلف ، وحينئذ يعتبر ناكلا ويقضى عليه بالنكول ، وقد اختلف فى الأساس الذى ينبنى عليه القضاء بالنكول .

فذهب أبو حنيفة إلى أن نكول المدعى عليه عن اليمين يعتبر بذلا منه وإعراضا عن المنازعة . وليس إقرارا منه بثبوت الحق عليه . واستدل له على ذلك بأن اليمين إنما تجب على المدعى عليه لقطع الخصومة ، فاذا اعتبر باذلا . أى تاركا للمنازعة معرضا عنها ، فإن اليمين لاتكون واجبة عليه . ويحصل قطع الخصومة أيضاً باعتباره إذا نكل مقرا بالحق المدعى به عليه ،

لكن حمل نكوله على أنه بذل أولى ، لأنه بذلك لا يكون كاذبا فى إنكاره السابق على توجيه اليمين إليه ، والمسلم يصان عن أن يظن به الكذب .

وعند الصاحبين أن نكول المدعى عليه يعتبر إقرارا بثبوت الحق المدعى به عليه ، لأن نكوله عن اليمين يدل على كذبه فى إنكاره السابق . ولولا ذلك لأقدم على اليمين دفعا للضرر عن نفسه ، وإقامة للواجب عليه وفى اليمين تحصيل الثواب باجراء ذكر الله تعالى على لسانه تعظيما له . ودفعا لتهمة الكذب عن نفسه ، وابقاء لما له على ملكه . فلولا أنه كاذب فى إنكاره لما ترك هذه الفوائد الثلاث . إلا أنه إقرار فيه شبهة . لأنه يحتمل أن يكون بذلا . فلا يعتبر فيما يندرىء بالشبهات وهى الحدود وما يلحق بها وهو اللعان

وينبنى على هذا الخلاف فى النكول عن اليمين بين الامام وصاحبيه أنهم اختلفوا فى جواز التحليف فى الأمور الآتية : وهى الزواج والرجعة والفىء فى الإيلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء .

فعند أبى حنيفة أن المدعى عليه لا يحلف فى هذه الأمور . لأنه إذا حلف فاما أن يحلف ، وحينئذ يبقى الحال على ما هو عليه ، وإما أن ينكل عن اليمين وحينئذ يكون باذلا لحق المدعى به عليه ، والبذل لا يجرى فى هذه الأمور فلا يقضى عليه بنكوله فيها ، وبهذا يتبين أنه لا فائدة من توجيه اليمين إليه فلا يحلف .

وعند الصاحبين أنه يحلف فى هذه الأمور . لأنه إذا وجهت إليه اليمين فيها فنكل عنها فإن نكوله يعتبر إقراراً بثبوت الحق المدعى به عليه . وهذه الأمور مما يجرى فيها الإقرار . فكان فى تحليفه فيها فائدة حيث يقضى عليه بنكوله عن اليمين .

ويترتب على ذلك أن النسب يثبت بالنكول عن اليمين عند الصاحبين ، ولا يثبت به عند أبى حنيفة .

ولا يجرى هذا على اطلاقه ، إذ ليست كل دعوى نسب تثبت بالنكول على قول الصاحبين وليست كل دعوى نسب لا يحلف فيها عند أبى حنيفة .

فعند الصاحبين أن اليمين إنما توجه إلى المدعى عليه فى دعوى النسب ويقضى عليه بنكوله فيها إذا كانت مما تثبت باقرار المدعى عليه ، وهى دعوى النسب المباشر ، أما دعوى النسب عير المباشر إذا كانت مجردة عن دعوى المال فإنها لا تكون مسموعة أصلا ، حتى لا تسمع فيها بينة المدعى ، ولا توجه اليمين إلى المدعى عليه ، لأنه لو أقر بالنسب لا يثبت ، فكذا لا يثبت بالبينة ولا بالنكول عن اليمين .

أما إذا كانت دعوى النسب غير المباشر مقترنة بدعوى المال فإن المدعى عليه يحلف فيها ، فإذا نكل قضى عليه بالمال ولا يقضى عليه بثبوت النسب .

وعند أبى حنيفة لا يحلف المدعى عليه فى دعوى النسب إذا كانت مجردة أما إذا اقترنت بحق من الحقوق المترتبة على النسب فإن اليمين توجه إلى المدعى عليه ، فإذا نكل قضى عليه بذلك الحق ، ولا يقضى عليه بثبوت النسب ، سواء فى ذلك ما إذا كانت الدعوى دعوى نسب مباشر أم دعوى نسب غير مباشر .

ومن هذا يتضح أن أبا حنيفة وصاحبيه قد اتفقوا على عدم جواز تحليف المدعى عليه فى دعوى النسب غير المباشر إذا كانت مجردة عن طلب حق آخر .

وأن الخلاف بينهم منحصر فى دعوى النسب المباشر .

وقد اختار فخر الإسلام قولهما للفتوى . واختار المتأخرون من الأحناف أن القاضى ينظر فى حال المدعى عليه . فإن رآه متعنتا يحلفه أخذا بقولهما . وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذ بقول أبى حنيفة .

والمعول عليه الأخذ بقول الصاحبين فى تحليف المدعى عليه بالنسب المباشر والقضاء عليه بنكوله عن اليمين فى جميع الحالات ، توحيدا للمبدأ الذى

يسير عليه القضاء فيعرف كل من المتداعين حقه على وجه لا لبس فيه ولا غموض ، ولأنه ليس فيه تحميل القاضى عبء البحث عن المدعى عليه وكونه متعنتا أو مظلوما .

وكانت لائحة المحاكم الشرعية تسير فى الأخذ برأى الصاحبين طبقا للمادة رقم ١٩٧ ، وبإلغائها وجب الرجوع فى ذلك إلى حكم مذهب أبى حنيفة وقد بيناه .

جواز رد اليمين على المدعى :

وبعد أن ألغيت المواد المتعلقة باليمين فى لائحة إجراءات المحاكم الشرعية (من ١٩٧ إلى ٢٠٦) أصبح المتبع فى ذلك هو الوارد فى المادة (١٧٧) من قانون المرافعات التى تنص على أنه (إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا فى جوازها ولا فى تعلقها بالدعوى وجب عليه إن كان حاضرا بنفسه أن يحلفها أو يردها على خصمه وإلا اعتبر ناكلا) وهذا النص يقضى بأن المدعى عليه لا يقضى عليه بالنكول بمجرد امتناعه عن أداء اليمين ، بل إذا امتنع عن أدائها ولم يرد اليمين على خصمه ، فلو أنه امتنع عن أداء اليمين وردها على خصمه لا يعتبر ناكلا ، بل على خصمه أن يحلف فيحكم له بدعواه أو يمتنع فتسقط دعواه .

وهذا الحكم يخالف مذهب أبى حنيفة الذى قررناه فى النكول عن اليمين من أنها لا توجه إلا إلى المدعى عليه ولا ترد على المدعى .

ومما تقدم يتقرر أن طرق إثبات النسب الثلاثة : الإقرار ، والبينة ، والنكول عن اليمين ، لا تكون مثبتة للنسب أصلا فى دعوى النسب غير المباشر ، سواء كانت دعوى نسب مجردة أو مقترنة بدعوى المال .

لأنها إن كانت مجردة فإن الدعوى لا تكون مقبولة أصلا . لأن غير من يحمل النسب عليه ، ليس خصما فيها : فلو ادعى على إنسان أنه أخوه من

غير أن يدعى عليه مالا أو حقا يترتب على النسب فإن الدعوى لا تقبل ، لأن إثبات الأخوة مما لا يحتاج إليه الآنسان ، والإنسان يحتاج إلى إثبات البنوة أو الأبوة ولا شأن للأخ فيها .

وأما إذا كانت مقترنة بدعوى مال أو أى حق من الحقوق المترتبة على النسب ، فإنه وإن كانت الدعوى مقبولة ويقبل فيها الإقرار وتسمع البينة ويوجه اليمين . إلا أنه يثبت المال أو الحق بهذه الوسائل ولا يثبت النسب ، لأن المقام عليه الدعوى يعتبر خصما فى المال ولا يعتبر خصما فى النسب . لأن طريق اثبات النسب فى هذه الحالة الأخيرة هو اثبات سلسلة النسب بحيث ينتهى إلى نسب مباشر ، وذلك كأثبات بنوة المدعى لأبى المدعى عليه بالآخوة ، وكاثبات بنوة أبى المدعى لأبى المدعى عليه بالعمومة ، وهكذا .

الفرق بين النسب المباشر والتبنى

إن النسب يثبت بالإقرار أو الدعوة اذا توافرت شروطه وان لم يبين المقر والمقر له السبب ، كالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة ، وتترتب على ذلك جميع الحقوق .

فإذا أقر شخص ببنوة ولد مجهول النسب ، ولم يكن هذا الولد ابنا له فى الواقع فإنه يحكم بثبوت نسبه من المقر متى توافرت شروط الإقرار ، ولا يتحرى عما اذا كان الولد ابنا له فى الحقيقة أولا ، وتبعة نسب الولد الى غير أبيه انما تقع على المقر ، وهى تبعة دينية ، وليس لها عقاب دنيوى ، والإقرار بالبنوة هو اختبار الرجل بتخلق الولد منه ، وبأنه ولده حقيقة ومن شروطه عدم التصريح بأنه من الزنى ، وأنه مجهول النسب وأنه يولد مثله لمثله .

أما التبنى فهو استلحاق ولد الغير فهو معروف النسب ، أو الحاق ولد

مجهول النسب على سبيل التبنى ، لا على أنه ابنه حقيقة ، ولا يترتب عليه أى أثر ، ولا ينقلب إلى بنوة حقيقية قط ،

اذ تصرف قانونى يقصد منه انشاء نوع خاص من النسب لم يكن ثابتا من قبل ويختلف فى أحكامه عن النسب الحقيقى . فإذا تبنى أحد ولدا فإن البنوة التى تثبت بهذا التبنى لا تكون بنوة حقيقية كالبنوة التى تترتب على الإقرار بالنسب ، بل هى بنوة ثابتة بحكم القانون ، كما أن البنوة التى تثبت بالتبنى تتحقق ولو كان للولد المتبنى أب معروف ، أما البنوة التى تثبت بالإقرار فلا تتحقق الا اذا لم يكن للولد أب معروف وأن يولد مثله لمثله ، والتبنى يتم ولو كان المتبنى أكبر من المقر فى السن أو مثله . أما عدم اشتراط بيان السبب المنشىء للنسب المقر به ، فليس العلة فيه التحايل على إقرار نظام التبنى بعد ما أبطله الإسلام ، بل إن الحكمة منه عدم إجبار الأب على التصريح بسبب يرى أنه يلحق الضرر أو العار به أو بولده ، فقد يكون الولد من زوجة لغيره خالطها هو بشبهة ، أو يكون الولد من أخت له نسبا أو رضاعا تزوجها زواجا فاسدا ، وقد لوحظ ذلك فى المادة رقم ٢٥ من القانون ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ حيث نص فيها على ما يأتى (استثناء من حكم المادة السابقة لا يجوز لأمين السجل ذكر اسم الوالد أو الوالدة أو كليهما معا وإن طلب إليه ذلك فى الحالات الآتية :

(ا) إذا كان الوالدان من المحارم فلا يذكر أسماهما .

(ب) اذا كانت الوالدة متزوجة وكان المولود من غير زوجها فلا يذكر اسمها .

كما أنه يختلف عن النسب الحقيقى فى الالتزامات والحقوق المترتبة على كل منهما ، ولا يجوز الاتفاق على فسخ النسب الحقيقى بينما يجوز ذلك بالنسبة للنسب الثابت بالتبنى .

ثبوت نسب الولد من المجبوب والخصى والعنين

اختلف الفقهاء فى ثبوت نسب ولد المجبوب والخصى والعنين ، فقد جاء فى الدر المختار أن امرأة المجبوب (لو جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه . ولو ولدت بعد التفريق إلى سنتين ثبت نسبه لانزاله بالسحق والتفريق باق .

ولو كان عنينا بطل التفريق لزوال عنته بثبوت نسبه ، كما يبطل التفريق بالبينة على اقرارها بالوصل قبل التفريق لا بعده .

وفى رد المحتار (أن ثبوت نسب الولد منه لايتوقف على الدعوى إذا خلا بها) وفى التتار خانيه (ولو كان الزوج مجبوبا ففرق القاضى بينهما فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الفرقة لزمه الولد خلا بها أو لم يخل وهذا عند أبى يوسف . وقال أبو حنيفة يلزمه إلى سنتين إذا خلا بها والفرقة ماضية بلا خلاف ، لأن ثبوت النسب من المجبوب باعتبار الانزال بالسحق والتفريق بينهما باعتبار الجب وهو موجود بخلاف ثبوته من العنين فانه يظهر أنه ليس بعنين فيبطل التفريق لزوال عنته بثبوت نسبه .

وفى كافى الحاكم (أن الخصى كالصحيح فى الولد والعدة وكذا المجبوب إذا كان ينزل ، وإلا لم يلزمه الولد ، فكان بمنزلة الصبى فى الولد والعدة) .

وان العنين يثبت النسب منه مع بقاء عنته بالسحق أيضا أو بالاستدخال أو أن وجود الأدلة دليل على أن الولد حصل بالوطء لأنه الأصل الغالب فلا ينظر إلى النادر) .

وفى حاشية الشلبى على الزيلعى (ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد التفريق إلى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل تفريق القاضى بخلاف العنين حيث يبطل تفريقه لأنه لما ثبت نسبه لم يبق عنينا) .

وذكر أبو إسحاق أن الرجل إذا كان مقطوع الذكر والانثيين انتفى الولد منه من غير لعان . لأنه يستحيل أن ينزل مع قطعهما ، ولأن الولد لايوجد إلا من منى ، ومن قطعت خصيتاه لا منى له ، لأنه لاينزل إلا ماء رقيقاً لايخلق منه الولد . ولاطراد العادة على أن مثله لايولد له .

وعند الإمام يحيى أن الفراش يثبت للخصى والمجبوب ، لإمكان إلقاء الماء فى الرحم ، ولا عبرة بقول الاطباء : أن ماءه رقيق لايخلق منه الولد وذلك لقوله تعالى (والله خلق كل دابة من ماء) .

أما الخصى : فقد جاء فى الكشاف : أن نسب الولد لايلحق به ، وسوى بين هذه الحالة وحالة قطع الذكر أو الانثيين جميعا . لكن جاء فى المهذب أنه ان قطع الانثيان أو الذكر فإن الولد لاينتفى عنه إلا باللعان ، لأنه إذا بقى الذكر استطاع أن يولج وأن ينزل ، وإن بقيت الأنثيان استطاع أن يساحق وأن ينزل .

أما المجبوب أو العنين : فقد جاء فى الكشاف : أن النسب يلحقهما . لأن كلا منهما يمكن أن ينزل : فالمجبوب يمكن له ذلك بالمساحقة ، والعنين يمكن له ذلك أيضاً ، فهو يستطيع أن ينزل مايخلق منه الولد .

ومن ذلك يتبين أن الأمر منوط بالامكان . فمن قال بثبوت النسب فى هذه الحالات بنى قوله على أن مثل هذا الزوج يمكن أن ينزل ماء يتكون منه الولد . ومن قال بعدم ثبوت النسب فى هذه الحالات ، بنى ذلك على أن العادة لم تجر بامكان ذلك .

فاذا ادعت امرأة نسب ولدها من زوجها الذى تزوجها زواجا صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه ، فنفى الزوج نسب الولد منه لأنه لايتصور منه الحمل لأنه مجبوب أو خصى أو عنين ، فعلى المحكمة أن تطبق الراجح من

مذهب أبى حنيفة طبقا للمادة (٢٨٠) من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وقد سبق بيان الخلاف فى ثبوت النسب أو عدمه ، وقد قيل إن الرأى الأرجح من حيث الدليل هو عدم ثبوت النسب وإن نص على أن الرأى الراجح هو الثبوت ، وإن كان الخلاف قد ورد فى المجبوب فقط ماعدا مانقله صاحب الفتح على الذخيرة ومانقله الشلبى عن العينى من عدم ثبوت النسب من المجبوب إلا أنه لافرق بينه وبين الخصى لأن العبرة فى الحقيقة ليست بالماء . لكن بالماء الذى يحصل منه الإنجاب . والخصى لايحصل من مائه إحبال ، فهو كالصغير ، ولعل ذلك كان مبنيا على أن كل ماء يحصل منه الأحبال فى نظرهم .

وللمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة فإذا قرروا أن الزوج لايتصور منه الإنجاب حكمت برفض الدعوى .

طرق نفى النسب

نفى نسب الولد بعدم إمكان الولادة من الزوج

إن نسب الولد الذى تأتى به الزوجة لايثبت من الزوج إذا تبين أنه كان وقتها ممن لايتصور منه حدوث الحمل ، بأن كان صغيراً غير مراهق ، أو كان بالغا ولكنه مجبوب أو خصى على أحد الرأيين فى المذهب الحنفى وهو الأرجح من حيث الدليل ، وإن نص على أن الرأى المقابل له هو الراجح .

وللزوج أو لورثته حق التمسك به فى أى وقت لان نفى نسب الولد فى هذه الحالة مبنى على استحالة الحمل من الزوج . حتى لو أقر الزوج بأن الولد منه لايصح إقراره ، لأن من شروط صحة الإقرار بالنسب أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل المقر .

وللزوج أن ينفى الولد إذا كان حملها منه مستحيلا عادة ، بأن كان لم يلتق بالزوجة من حين العقد ، أو كان التقى بها ولكنه غاب عنها بعد ذلك لمدة سنة أو أكثر قبل الولادة .

وللزوج عند إقامة الدعوى عليه بإثبات النسب أن يدفعها بذلك . وعليه إثبات عدم التلاقى أو الغيبة ، وبإثبات الدفع بحكم بعدم سماع الدعوى طبقا للمادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشرط أن لا يكون قد سبق إقرار من الزوج أو ورثته بالحمل .

ولا عبرة بالإقرار الصادر قبل قيام الخصومة ، إلا إذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء أو كان مكتوبا وعليه إمضاء المقر أو ختمه ، أو وجدت كتابة تدل على صحته .

نفى الولد ببيان استحالة حدوث الولادة اثناء الفراش :

وللزوج أن ينفى نسب الولد الذى تأتى به زوجته لأقل من ستة أشهر من وقت العقد عليها . فإن ادعى ذلك وادعت المرأة أنها ولدت لتمام ستة أشهر أو أكثر وعجز كل منهم عن الإثبات — فالقول قول المرأة لأن الظاهر يشهد لها إذ الظاهر أن الزوجة تلد من الزواج لا من الزنى ، ولا يجاب الزوج إلى طلبه توجيه اليمين إليها عند أبى حنيفة ويجاب إلى ذلك عند الصاحبين وهو الراجح .

وللزوج أو ورثته نفى الولد بإثبات أن المرأة قد ولدته بعد سنة أو أكثر من حين الطلاق أو الوفاة طبقا للمادة (١٥) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ويكون ذلك دفعا لدعوى إثبات النسب فيحكم بعدم سماع الدعوى . وذلك بشرط عدم إقرار الزوج أو الورثة بالنسب حسبما سبق إيضاحه .

نفى النسب بطريق اللعان :

إذا كان الزوج ممن يتصور منه الحمل ، وثبتت ولادة الزوجة ، وأمكن

إسناد بدء الحمل إلى الفراش . فإن نسب الولد يثبت من الزوج . ولا يمكن نفيه إلا بحكم القاضى بناء على ملاعنة الزوجين ، ولا يقع ذلك الحكم صحيحا إلا بعد حصول الملاعنة من كل من الزوجين فى الحالات التى يمكن فيها اللعان . فكل حالة لا يمكن فيها اللعان لا يمكن فيها نفى النسب أصلا . وفى الحالات التى يثبت نسب ولد معتدة الطلاق البائن ومن فى حكمها لا يمكن نفى النسب ، لأن شرط اللعان قيام الزوجية بين الرجل والمرأة حقيقة أو حكما ، وفى الطلاق البائن أو الفرقة قد انقطعت فلا يمكن اللعان .

وفى الحكم بنفى نسب الولد فى الملاعنة لا بد أن يكون الزوج قد رمى زوجته بنفى ولدها صراحة . أما لو قذفها بالزنى من غير أن ينفى الولد ، فإنهما يتلاعنان ويحكم بالتفريق بينهما ، لكن لا يحكم بنفى الولد .

ويشترط لصحة الحكم بنفى الولد بناء على الملاعنة زيادة على شروط إمكان الملاعنة بين الزوجين ما يأتى :

١ — أن يكون ابتداء الحمل بالولد المنفى فى حال تصح فيها الملاعنة بين الزوجين ، وذلك بولادته لستة أشهر فأكثر من وقت أهليتهما للعان . فلو كانت المرأة ذمية ثم أسلمت وأتت بولد لأقل من ستة أشهر منذ إسلامها فنفاه الزوج فإنه لا يمكن نفيه ، لأن نسب الولد يستند إلى وقت ابتداء الحمل والزوجة فى هذا الوقت لم تكن أهلا للعان ، فكان نسب الولد ثابتا ، فلا يمكن نفيه .

٢ — أن يكون اللعان بنفى الولد بعد ولادته ، فلا تلاعن قبل الوضع ، وعند أبى حنيفة أن نفى الولد قبل الوضع لا يجب به اللعان ولا ينتفى به النسب ، لأنه يكون فى معنى القذف المعلق على شرط . والقذف لا يصح تعليقه. وقال الصاحبان إن وضعت المرأة لأقل من ستة أشهر من حين نفى الولد وجب اللعان وحكم بنفى الولد ، وإلا لم يجب به شىء ، لتيقن قيام الحمل عند

نفيه فيتحقق القذف . وعند الأئمة الثلاثة يجوز اللعان لنفى الحمل قبل الوضع وصحة الحكم بنفيه .

٣ — أن يكون الولد حياً عند الحكم بقطع نسبه ، فلو كان ميتا عند نفيه ، أو كان حياً عنده ثم مات قبل اللعان أو بعده وقبل الحكم بقطع النسب فإنه لا يحكم بقطع نسبه . لأن نسب الولد كان ثابتا بالفراش وبموته تقرر ثبوته فلا يمكن نفيه بعد ذلك . ولأن الميت لا يصلح أن يكون محلا لإثبات النسب أو نفيه ، وكما لا يصح الإقرار بنسب الميت ابتداء لا يصح نفيه لانعدام المحل ، ولأنه يحكم للأب بالميراث منه إن كان له ما يورث عنه ، والنسب بعد ما صار محكوما به لا يحتمل القطع .

٤ — أن يستمر أهلية الزوجين للعان من حيين وقوعه إلى وقت الحكم بقطع النسب ، فلو مات أحد الزوجين بعد اللعان وقبل الحكم فالولد ثابت النسب من الزوج لا يمكن نفيه ، لأن نفس اللعان لا يقطع النسب ما لم يقطعه القاضى .

٥ — ألا يكون الزوج قد سبق إقراره بالولد صراحة أو دلالة .

نفى الولد الثابت نسبه بشبهة الفراش :

إن الولد الذى تأتى به المرأة بناء على مخالطة بشبهة فإنه يمكن نفيه بالطرق التى سبق بيانها فى نفى الولد الثابت بالفراش أى بإنكار الولادة ، أو ببيان أنه لا يمكن حدوث حمل المرأة منه ، أو ببيان استحالة حدوث الحمل أثناء قيام الشبهة ، والاختلاف بين هذه الحالة والحالة السابقة فى أمرين :

الاول : أنه يمكن نفى الولد بأن المرأة قد أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول فى الزواج الفاسد ولو كانت أتت به لستة أشهر فأكثر من وقت العقد طبقا لمذهب محمد المفتى به .

الثانى : أنه فى حالة تحقق شروط ثبوت النسب بشبهة الفراش يثبت النسب ثبوتا مؤكداً غير محتمل للنفى حتى ولا باللعان ، لأن اللعان فى هذه الحالة غير ممكن لعدم قيام الزوجية الصحيحة هنا على ماهو المشهور من المذهب ونقل عن أبى يوسف أنه يجب اللعان بنفى الولد من الزواج الفاسد أو المخالطة بشبهة ويحكم بقطع النسب فيهما إلحاقا لهما بالزواج الصحيح . ولكن الصحيح هو الرأى الأول .

نفى نسب الولد الثابت بالاقرار :

ويمكن نفى نسب الولد الثابت نسبه بالإقرار ببيان فقد شرط أو أكثر من الشروط التى يجب تحققها فى الإقرار ، كما يمكن للمقر أن يدعى أو أن يدفع الدعوى ببطلان الإقرار الصادر منه إذا أثبت أنه كان هازلا فيه ، أو أنه كان مكرها عليه بملجىء ، كما يمكن له ولغيره من بعد وفاته ، من ورثته أو الموصى لهم منه أو دائنه أو مدينه أن ينفى النسب الثابت بالإقرار باثبات أن الولد عند الإقرار كان نسبه مشهوراً بنسب آخر غير النسب المقر به ـ وذلك مالم يصدر حكم باثبات النسب بناء على الإقرار السابق ـ أو يثبت أن الولد المقر به لايولد مثله لمثل المقر لأن فارق السن لايسمح بذلك .

ولا يقبل الادعاء ببطلان الإقرار من المقر أو غيره بأن الولد من الزنى أو أن المراد بالإقرار التبنى لا إثبات البنوة الحقيقية ، لأن ذلك يعتبر رجوعا عن الإقرار السابق ، ولا يجوز الرجوع عنه .

نفى نسب الولد الثابت بالبينه :

إذا ادعى شخص على آخر بأنه أبوه ، فأنكر المدعى عليه ذلك فأقام المدعى ببينة على دعواه فإنه يمكن نفى البنوة المدعاة باثبات اشتهار بنوته بنسب آخر غير النسب المدعى به ، وهذا يفيد فى دفع الدعوى واسقاط

البينة المقامة عليها ، حيث تبين منه عدم صحة الدعوى ، وعدم صحة الشهادة . وذلك مالم يصدر حكم باثبات النسب بناء على هذه البينة : أما فى حالة صدور حكم بثبوت النسب بناء على هذه البينة فإنه لا يمكن نقض هذا الحكم وإثبات نسب آخر وسماع بينة أخرى تعارض البينة الأولى .

كما يمكن دفع الدعوى وإسقاط البينة باثبات عدم إمكان ولادة مثل الولد لمثل مدعى الإبوة أو المدعى عليه بها .

أحكام اللقيط

اللقيط : هو الصغير الذى طرحه أهله خشية الفقر أو خوفا من تهمة الزنى ، أو لغير ذلك ، ومقتضى هذا التعريف أن من كان معروف الأب أو الأم عند ولادته ثم عرض له بعد ذلك أن جهل أبواه لا يسمى لقيطاً .

حكم التقاطه :

والتقاطه فرض عين على من يجده إن وجد فى مكان يغلب على الظن هلاكه لو ترك فيه ، وذلك لأنه نفس بشرية يجب المحافظة عليها وصيانتها من الضياع ، ولا يتأتى ذلك إلا بالتقاطه فكان فرضاً عليه .

وإن وجد فى مكان لا يغلب على الظن هلاكه لو ترك فيه كان التقاطه مندوبا إليه بالنسبة لواجده ، وفرضاً على الكفاية بالنسبة لجماعة المسلمين إن قام به البعض سقط عنهم ، وإن لم يقم به أحد حتى مات أثم الجميع ، وقد وردت الآثار عن الصحابة بالترغيب فى التقاطه وبيان فضله على كثير من أفعال الخير ، لأن فيه إحياء لنفس بشرية ، ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً .

وإذا التقطه شخص يحرم عليه طرحه بعد ذلك لوجوب حفظه بالتقاطه وفى طرحه تضييع له .

وقد أوجب القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ التبليغ عن اللقطاء حيث نص فى المادة ٢٢ على أنه (على المراكز وأقسام الشرطة فى المدن والعمدة أو المختار فى القرى وعلى المؤسسات والملاجىء المعدة لاستقبال الأطفال حديث الولادة (اللقطاء) أن يبلغوا مكتب السجل المدنى المختص عن كل طفل حديث الولادة عثر عليه أوسلم إلى إحدى هذه المؤسسات أو الملاجىء ويجب أن يتضمن التبليغ تاريخ اليوم والساعة اللذين عثر فيهما على الطفل

أو حصل فيهما التسليم ، واسم ولقب وسن وصناعة ومحل إقامة الذى عثر عليه أو سلمه ما لم يرفض ذلك ، ونوع الطفل (ذكر أو أنثى) وسنه على حسب تقدير الطبيب المختص .

دعوى بنوة اللقيط :

ذكرنا أن اللقيط هو الصغير الذى لا يعرف له أب ولا أم ، فهو إذن مجهول النسب ولهذا يصح الإقرار بنسبه : فلو ادعاه الملتقط ثبت نسبه منه وإن لم يدعه الملتقط وادعاه غيره ثبت نسبه استحساناً على خلاف القياس إذ القياس أن يد الملتقط ثابتة على اللقيط ومدعى النسب يريد إبطال اليد الثابتة له فلا يصدق فى ذلك بمجرد دعواه ، ووجه الاستحسان أن يد الملتقط لمنفعة الولد حتى يكون محفوظاً عنده وليس ذلك لحق الملتقط ، وفى إثبات نسبه ممن ادعاه توفير المنفعة على الولد ، ولو ادعاه رجلان كل منهما أنه أبوه ولم يقم واحد منهما بنية على دعواه أو أقاماها جميعاً ، فإما أن يبينا صفة فى المولود أو يذكرا سناً له أو يسبق أحدهما بدعوته الآخر أو لا يكون شىء من ذلك .

فإذا بينا صفة فى المولود قضى لمن وافقت الصفات التى ذكرها صفات المولود لأن — الترجيح عند التعارض يقع بالعلامة . وإن كان الصفات التى ذكراها تخالف صفات اللقيط مخالفة تامة حكم برد الإقرارين لظهور كذبهما .

وإن لم يذكرا صفة ولكن حددا سناً للمولود قضى لمن كان سن المولود الحقيقى يشهد له ان عرف سنه . وإن لم يعرف سنه فلا عبرة بما ذكراه من السن .

وان ادعاه أحدهما ثم ادعاه الآخر قضى لمن إدعاه أولا حيث جاءت دعوته فى وقت لم يكن له فيه مزاحم ، ولأنه بمجرد الإقرار يثبت نسبه منه فيقع اقرار الثانى والولد معروف النسب فيكون باطلا .

وإن كان النسب من الأول قد ثبت بإقراره فقط والثانى أقام البينة فان النسب يحول من الأول إلى الثانى لأن البينة أقوى من الإقرار المجرد .

أما إذا لم يبين المدعيان صفة ولم يذكرا سنا وكانت دعوتهما معاً ، فانه يقضى به بينهما جميعا ، فيجب عليهما النفقة له ويثبت لهما حق ضمه إليهما ويرث فى تركة كل واحد منهما نصيب ابن كامل ، ويرثاه إن مات عن مال ميراث أب واحد يقسم بينهما بالسوية ، وذلك مالم يكن أحدهما مسلما والآخر ذمياً فإنه يرجح دعوى المسلم ويقضى له به وحده .

وإن ادعت امرأة أنها أمه فإنه يثبت نسبه منها بدعوتها إن كانت غير متزوجة ولا معتدة أما إذا كانت متزوجة أو معتدة فلابد من تصديق الزوج أو أن يثبت الولادة أو أن تبين أنه ولدها من غير الزوج . وإذا ادعت امرأتان كل منهما أنها أمه فعند عدم وجود مايرجح ـ دعوى احداهما على دعوى الأخرى يحكم به بينهما ويكون ابنا لهما عند أبى حنيفة ، وعند الصاحبين لايثبت النسب من المرأتين بحال ، لأن ثبوت النسب من المرأة يسبب انفصال الولد عنها بالولادة ولا يمكن تصور ذلك بالنسبة لهما ، فلا تعرف الصادقة من الكاذبة فتسقط دعواهما جميعا ، والدليل لأبى حنيفة أنه لايقصد من هذا النسب الحقيقى بل المقصود منه الأحكام المترتبة عليه وهو مما يتصور الاشتراك فيه : وقول أبى حنيفة هو الأظهر لعدم وجود الفارق بين دعوى الرجلين وبين دعوى المرأتين .

وعند الأئمة الثلاثة أن الولد لا يلحق بأكثر من أب واحد ولا بأكثر من أم واحدة بل إنه عند عدم وجود مرجح فى دعوى أحد الرجلين أو إحدى المرأتين فانه يلجأ إلى القائف ، فان رجح إحدى الدعويين أخذ بقوله . وإن اشتبه عليه الأمر أقرع بينهما فمن قرعت له القرعة حكم بثبوت النسب منه .

واحتجوا بعمل القائف بما رواه البخارى ومسلم عن عائشة قالت(دخل قائف والنبي صلى الله عليه وسلم شاهد وأسامة بن زيد وزيد بن حارثة مضطجعان : فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض ، فسر بذلك النبي صلى الله عليه وسلم وأعجبه وأخبر به عائشة) وسرور النبي صلى الله عليه وسلم ابلغ فى اقراره قول القائف ، وقد احتجوا فى العمل بالقرعة بما ورد عن على رضى الله عنه من العمل بها .

ومنع الحنفية العمل بقول القائف لأنه مبنى على الشبة ، وقد بينت السنة أنه لايعتد بالشبة فى نفى النسب كما فى حديث أبى هريرة عن الذى ولدت امرأته ولدا أسود ، ويردون على الاحتجاج بحديث عائشة بأن نسب أسامة كان ثابتا قبل قول القائف ، وإنما كان سرور النبي عليه السلام بقوله لأنه كان فيه دفع مقالة السوء من المشركين عن أسامة ، ومنعوا كذلك العمل بالقرعة لأنها ليست دليلا يصلح للنفى أو للاثبات ، والأثر المروى عن على يعارضه أثر مروى عن عمر باثبات النسب من الرجلين ، ومن ذلك يترجح قول الأحناف .

ديانة اللقيط :

يعتبر اللقيط فى دار الإسلام مسلما ، سواء التقطه مسلم أو غير مسلم ، لأنه وجد بين المسلمين فيعتبر كأولادهم ، وعن محمد ان كان الواجد له مسلما حكم باسلامه وإن كان غير مسلم حكم بتبعته فى دينه ، لكن اعتبار الدار هو الراجح .

وإن وجده غير مسلم فى مكان غير اسلامى كبيعة لليهود أو كنيسة للنصارى أو فى قرية من قراهم ، فانه يحكم بكفره ، لأن الظاهر أن المسلمين لايضعون أولادهم فى هذه الأماكن .

وإذا وجده مسلم فى هذه الأماكن ، فقد قيل يحكم باسلامه تبعا للواجد

وقيل يحكم بكفره تبعا للمكان ، والأصح أنه يحكم باسلامه .

وإذا التقطه مسلم ولم يدعه . ثم ادعى بنوته غير مسلم يحكم بثبوت نسبه منه لكنه يكون مسلما . لأنه كان محكوما باسلامه قبل دعوة غير المسلم له ، فلا يحكم بتغيير دينه بمجرد دعواه ، بل يعمل باقراره فيما ينفع الولد وهو ثبوت نسبه منه ، ولا يعمل به فيما يضره وهو تغيير دينه ، ويدفع الولد إليه على الأصح ، لكنه ينزع منه إذا بلغ سنا يعقل معها الأديان ، وهى سبع سنوات ، ويوضع فى يدل عدل رجل أو امرأة حسب مايراه القاضى .

فإذا ثبت أنه ولده بشهادة مسلمين حكم بتبعيته له فى دينه .

وإن كان شهوده ذميين فلا يحكم بتحويل دينه عند أبى حنيفة لأنه لاشهادة لغير المسلم على المسلم فيما يتعلق بالدين : وعن محمد أنه يتبعه فى دينه لأننا لما حكمنا بثبوت نسبه بالبينة فقد حكمنا بأنه يتبعه فى دينه . وقول أبى حنيفة هو الأصح .

جنسية اللقيط :

إن جنسية اللقيط فى الفقه الإسلامى مرتبطة بالدين ، فتثبت له جنسية الإقليم الموجود فيه ، ولا تزول عنه هذه الجنسية بمجرد ثبوت نسبه من أب غير مسلم ، لأن ثبوت نسبه منه يتوقف على نوع خاص من الأدلة ، وهى شهادة المسلمين له بذلك .

وفى القانون تثبت جنسية الجمهورية العربية المتحدة لمن ثبتت ولادته فيها من أبوين مجهولين ، وأن اللقيط حديث الولادة الذى لايعلم أبواه ، فانه مع عدم العلم بمكان ولادته يعتبر مولوداً فيها وتثبت له جنسية الجمهورية العربية المتحدة ، وإذا ثبت نسب الولد من أب غير عربى ، بأى طريق من طرق الاثبات ، فإنه تزول عنه جنسية الجمهورية العربية المتحدة من وقت ولادته .

ومن ذلك يتضح أن الفقه الإسلامى يغلب فى منح الجنسية حق الإقليم

على حق الدم ، وذلك لارتباط الجنسية فى ظله بالدين ، ولأن ظروف الدولة فى أول أمرها كانت تقضى بذلك حيث لم يكن من الممكن نشر الدعوة الإسلامية إلا ببسط نفوذ الإسلام وادماج العناصر غير العربية فى الجماعة الإسلامية .

أما القانون العربى فقد غلب حق الدم على حق الإقليم ، لأن ظروف الدولة العربية تقضى بعدم ادخال عناصر غريبة فيها لأن ذلك يؤدى إلى زيادة عدد السكان وزيادة المشاكل المترتبة على ذلك .

ومسلك القانون فى ذلك لاضرر منه على الاعتبارات الدينية حيث إن أحكام الجنسية تنفك عن أحكام الدين فى العصر الحاضر .

الولاية على اللقيط :

إن الولاية على اللقيط فى نفسه وماله تكون للقاضى ، ولا تثبت للملتقط لأنه لا يتحقق فيه واحد من أسباب الولاية الأربعة التى هى (القرابة ـ الملك ـ والولاء ، والولاية العامة) ويقول الرسول عليه السلام (السلطان ولى من لا ولى له) وعلى ذلك لايجوز للملتقط أن يزوج اللقيط ولا يتصرف فى ماله إن كان له مال ، وكل ذلك موكول للقاضى .

وللملتقط حق حفظه وإيوائه . وللقاضى نزعه منه إذا تبين أنه غير أمين عليه بأن كان مجنونا أو معتوها أو سيىء السلوك . وأن يعهد به إلى غيره .

وإذا ثبت للملتقط ولاية حفظه كان له مايلزم ذلك من التصرفات كالانفاق عليه من المال الذى معه وشراء مالابد له من الطعام والكسوة وتعليمه أو تسليمه فى صناعة أو حرفة لأن ذلك احياء له ، وله أن يقبل الهبة والصدقة للقيط لأنه نفع محض له .

واختلف فى تأخيره لأن فيه اتلاف منافع الصغير ، وروى جوازه لأنه من باب التثقيف .

وإذا طلب الملتقط من القاضى أن ينقله عنه لم يجبه إلى طلبه إلا إذا أثبت أنه لقيط ، لجواز أن يكون ممن تلزمه نفقته كابنه أو أخته ، وأنه يريد التخلص من نفقته ، ولذا ينبغى التحرى عند التبليغ عن اللقيط عما إذا كان الولد لقيطا ، أو أنه غير لقيط والمبلغ يريد التخلص منه .

وتسمية اللقيط كانت من حق القاضى لولايته الكاملة على اللقطاء . غير أن المادة ٢٣ من القانون ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ جعلت ذلك من اختصاص أمين السجل المدنى حيث نصت على أنه (على أمين السجل المدنى أن يسمى المولود تسمية كاملة ثم يقيده فى السجل بالمواليد ولا يذكر أنه لقيط) حتى لايشعر الطفل أو المحيطون به بذلك .

نفقة اللقيط :

إذا وجد مع اللقيط مال فانه يكون ملكا له ، وتكون نفقته من ماله . لأن نفقة الإنسان فى ماله إن كان له مال سواء كان صغيراً أو كبيراً .

وإذا لم يكن له مال فنفقته واجبة على الدولة ، لما روى أن عمر رضى الله عنه كان إذا أتى بلقيط فرض له رزقا يأخذه وليه فى كل شهر ، ويوصى به خيرا ويجعل رضاعه ونفقته فى بيت المال ، ولأنه لو مات وترك ميراثا فانه يكون لبيت المال ، فتكون نفقته فيه ، لأن الغرم بالغنم .

وتقوم الدولة بايداعه دارا من الدور المخصصة للقطاء ويصرف له كل مايلزمه من رضاع وخدمة وطعام وكسوة وتعليم ، وإذا تبرع شخص بالانفاق على اللقيط سقط وجوب نفقته عن بيت المال ، لاندفاع الحاجة بهذا النوع

وإذا لم يكن له مال وقام الملتقط بالانفاق عليه فانه يعتبر متبرعا ولايجوز له أن يطالب بما أنفقه بعد البلوغ . إلا إذا كان القاضى قد أمره بالانفاق ليكون دينا على اللقيط ، ولو أمره بالانفاق من غير أن يذكر أن ماينفقه يكون دينا على اللقيط ، فلا يجوز مطالبته بما أنفق على الأصح ، لأن هذا الأمر لايخرجه عن كونه متبرعا ، ويكون الأمر لمجرد الترغيب فى الثواب .

الباب الثانى

فى الرضاع

بينا فيما سبق النساء اللاتى يحرم على الرجل عقد قرانه بهن بسبب النسب ونورد هنا مايحرم على الشخص عقد قرانه بهن بسبب الرضاع . والتحريم بالرضاع ثابت بالكتاب والسنة والإجماع فى قوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) ويقول الرسول عليه السلام (يحرم من الرضاع مايحرم من النسب) كما ثبت التحريم باجماع المسلمين بالرضاع أيضاً

والرضاع فى اللغة هو مص اللبن من الثدى ، وفى اصطلاح الفقهاء ، هو مص الطفل اللبن من ثدى المرأة فى مدة معينة ، ويلحق بالمص فى التحريم اعطاء الطفل لبن المرأة فى أناء أو انبوبة ، وكذا ايصال اللبن إلى جوفه عن طريق الأنف .

المحرمات بالرضاع :

١ ــ الأصول من النساء بالرضاعة وهن الأم والجدة للأب أو للأم وإن علت ، فيحرم على الرجل أن يتزوج بواحدة منهن ، كما يحرم على المرأة أن تتزوج بأبيها أو جدها من الرضاعة وإن علون سواء ما كان من جهة أبيها أو من جهة أمها .

٢ ــ الفروع من النساء بالرضاعة ، وهن البنت وبنت البنت وبنت الابن وإن نزلن .

٣ ــ فروع الأبوين من الرضاعة ، وهن الأخت وبنات الأخت وبنات الأخ وإن نزلن .

٤ — فروع الأجداد والجدات من الرضاعة بمرتبة واحدة ، وهن العمات والخالات ، وعمات أبويه وأجداده وجداته وخالاتهم وإن علون .

٥ — أصول الزوجة من الرضاعة وإن علون ، سواء دخل الرجل بزوجته أم لم يدخل .

٦ — فروع الزوجة من الرضاعة ، إن كان الرجل قد دخل بها .

٧ — زوجة الأصل من الرضاعة وأن علا .

٨ — زوجة الفرع من الرضاعة وإن نزل .

٩ — الجمع بين الأختين من الرضاعة .

وقد استثنى الفقهاء حالات أثبتوا فيها التحريم بالنسب دون الرضاع ، لوجود نوع من العلاقة يوجب التحريم فى النسب وهو معـــدوم فى الرضاع ، وهى :

١ — أم الأخت أو الأخ من الرضاع .

٢ — أخت الإبن والبنت من الرضاع .

٣ — جدة الولد رضاعا ، فإنها لاتحرم على أبى الولد لانقطاع الصلة بينهما .

٤ — أم الخال أو الخالة ، وأم العم أو العمة من الرضاع فإنها لاتحرم .

وقد اتفق الفقهاء على تحريم أصول الرجل وفروعه وفروع أبويه وأجداده بالرضاع .

واختلفوا فى التحريم بالرضاع بالمصاهرة كزوجات أصوله وفروعه وأصول زوجته وفروعها .

فذهب الجمهور ومنهم الحنفية إلى القول بالتحريم ، وذهب آخرون ومنهم ابن القيم إلى عدم التحريم مستدلين بأن من ثبتت حرمتهن فى القرآن بسبب الرضاع هما « الأم والأخت » فالقول بالتحريم بالرضاع غير مستند إلى دليل من كتاب أو سنة .

لبن الرجل :

ذهب جمهور الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة إلى القول بالتحريم بلبن الرجل ، قالوا إن امرأة ولدت ولدا لرجل ثم أرضعت بنتا أجنبية من زوجها فإن هذا الزوج يكون أبا للبنت وتحرم عليه وعلى آبائه وأبنائه .

وقال بعض الصحابة ، وهو قول ضعيف فى مذهب الشافعية - إنه لا يثبت التحريم بذلك بين البنت وزوج المرضعة ، لأن سبب الحرمة هو أن الرضيع قد أخذ جزءاً من أمه وهو اللبن الذى ينبت به لحمه وعظمه ، فيصير هو جزءا منها ، وثبتت الحرمة بينهما بسبب ذلك . أما زوج المرضعة فلا صلة له بالضيع ، إذ لم تتكون منه لحم ولا عظم حتى يكون جزءا منه .

واستدل الجمهور بما روى عن عائشة رضى الله عنها (إن أفلح أخا أبى القبيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب ، قالت فأبيت أن آذن له ، فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرته بالذى صنعت ، فأمرنى أن أذن له) .

وروى أبو داود هذا الحديث بنص آخر قال (قالت عائشة : دخل على أفلح فاستترت منه فقال أتستترين منى وأنا عمك ؟ قلت : من أين ؟ قال : أرضعتك امرأة أخى ، قلت : إنما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل : فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثته ، فقال : إنه عمك فليلج عليك) وهو صريح فى ثبوت الحرمة بلبن الرجل .

المقدار المحرم فى الرضاع :

اختلف العلماء فى مقدار الرضاع الذى تثبت به الحرمة .

فذهب الحنفية والمالكية ورواية عن أحمد أن قليل الرضاع وكثيره سواء فى ثبوت التحريم به .

واستدلوا بقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وقوله عليه السلام (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) .

وذهب داود الظاهرى وبعض العلماء إلى أن القدر المحرم هو ثلاث رضعات مستدلين على ذلك بما روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تحرم المصة ولا المصتان » وبما روى عن أم الفضل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تحرم الأملاجة ولا الأملاجتان » .

وذهب الشافعى إلى أن القدر المحرم هو خمس رضعات متيقنات مشبعات متفرقات : وهو مذهب أحمد . واستدلوا على ذلك بما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ، ثم نسخن بخمس معلومات فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن » .

مدة الرضاع الذى يثبت به التحريم :

اختلف الفقهاء فى مقدار مدة الرضاع الذى يثبت به التحريم ، فقال الأئمة الثلاثة وأبو يوسف ومحمد أنها سنتان من وقت الولادة ، فمتى حصل رضاع فى السنتين يثبت به التحريم ولو فطم الطفل فى أثناء السنتين ثم عاد إلى الرضاع قبل إنهائهما ورضع فإنه يثبت به التحريم ، وكل رضاع بعد السنتين لا يكون محرما ولا يثبت به التحريم .

واستدلوا بقوله تعالى « وفصاله فى عامين » وقوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » وقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » .

فبينت الآية الأولى أن فطام الطفل فى العامين لا بعدهما ، وقدرت الآية الثانية مدة الحمل والفطام بثلاثين شهرا وبما أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، فتكون مدة الرضاع سنتين . والآية الثالثة جعلت تمام الرضاع حولين كاملين كما استدلوا بقول الرسول عليه السلام « لا رضاع إلا ما كان من حولين » وقال أبو حنيفة إن مدة الرضاع سنتان ونصف .

واستدل على ذلك بقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة . وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقوله تعالى (فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما) فإن هذا النص الأخير من الآية قد أثبت للأبوين الخيار فى فطام الطفل عقيب الحولين ، لأنه رتب فيه « بالفاء » أرادة الفطام على تمام إرضاع الحولين ، وهذا يدل على أن لهما بقاءه على الرضاعة بعد الحولين مدة أخرى يتيح فيها لتحويل غذائه من اللبن إلى الطعام ، والمدة الكافية لذلك هى ستة أشهر . لأنها قد كفت فى حمله جنينا وتحول غذائه إلى الرضاعة وتحديد مدة الرضاع بحولين فى صدر الآية ليس المراد به بيان أقصى مدة الرضاع ، بل المراد به تحديد أقصى مدة تستحق فيها المرضعة أجرة على الإرضاع ، لأن الآية واردة فى المطلقات اللاتى يجوز لهن أخذ أجرة على إرضاع أولادهن ، وهو ما يدل عليه قوله تعالى بعد ذلك « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » لأن الأم التى تستحق أجرة بسبب الإرضاع هى المطلقة ، فأول الآية لأفادة أن أقصى مدة الرضاع التى تستحق فيها المرضعة أجرا هو حولان ، فإذا أرضعته بعد ذلك كانت متبرعة . وهذا لا يفيد انتهاء حكم الرضاع وهو التحريم بانتهاء الحولين .

وقال زفر إن مدة الرضاع ثلاث سنوات ، إذ يرى أن المدة التى تكفى لتعويد الطفل على ترك الرضاع وتحويل غذائه من اللبن إلى الطعام هى سنة بعد الحولين ، ويرى بعض الفقهاء أن الرضاع ليس له زمن محدد ، بل يثبت به التحريم مطلقاً ، سواء كان فى الصغر أو الكبر .

والراجح ماذهب إليه الأئمة الثلاثة والصاحبان من أن أقصى مدة الرضاع سنتان .

*** وجوب الرضاع :**

الرضاع واجب على الأم ديانة لاقضاء عند الحنفية ، فتأثم على ترك

ارضاع ولدها من غير عذر لقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) فهو أمر فى صيغة الخبر وهى آكد فى الدلالة على الوجوب فامتناع الأم على إرضاع ولدها مع وفور شفقتها دليل على عدم قدرتها على ذلك بقوله تعالى : (وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى) .

وتجبر الأم على إرضاع ولدها قضاء فى الأحوال الآتية :

أولا : إذا كان الأب فقيرا لايجد مايستأجر به من ترضعه ، والطفل لا مال له . لأن إجبارها على ذلك إحياء للولد وحفظ لحياته .

ثانيا : إذا كان الطفل لايقبل ثديا غير ثدى أمه ، ولا يمكن استغناؤه ببعض الأطعمة أو الألبان الصناعية ، وأن لايلحقه ضرر بسبب ذلك .

ثالثا : إذا كان عند الأب مال ، ولكن لم يوجد من ترضعه بأجر . إلا إذ أمكن استغناؤه عن لبنها بأشياء أخرى ولا يؤدى ذلك إلى ضعفه وموته

ففى هذه الأحوال تجبر الأم قضاء على ارضاعه عند الحنفية ، لأنها إذا لم ترضعه تعرض الولد للهلاك .

وقال مالك رضى الله عنه إن الأم تجبر على إرضاع ولدها ، إلا إذا كانت من طيفة نساؤها لايرضعن أولادهن بأنفسهن .

ويرى الشافعى أن الأم يجب عليها أن ترضع ولدها اللبا . وهو اللبن النازل أول الولادة لأن الولد لايعيش بدونه غالبا ، أو لأنه لايقوى ولا تشتد بنيته إلا به .

وإن امتنعت الأم عن إرضاعه اللبا حتى تلف فالشافعية فى ذلك رأيان .

الأول ـ أنها تكون ضامنة . والثانى وهو الراجح عدم الضمان لأنها لم تحدث فعلا فيه ، والامتناع لايقتضى الضمان كالامتناع عن اطعام المضطر حتى يموت .

لكن الذى ينبغى أن يؤخذ به هو وجوب الضمان عليها فى حالة هلاكه لأن هلاكه كان بسبب تركها فعلا واجبا عليها ديانة وقضاء ، والامتناع عن ترك فعل الواجب يوجب الضمان . وذلك كما فى الحائط المائل إلى الطريق العام إذا طولب صاحبه بنقضه فلم ينقضه ثم سقط فإنه يضمن ماتلف به من نفس ومال . مع أن الحاصل منه ليس سوى الامتناع عن فعل واجب عليه وإنما لم يضمن من امتنع عن إطعام المضطر حتى مات لأنه إنما يجب عليه إطعامه ديانة لا قضاء .

استحقاق الام اجرة الارضاع :

إذا كانت الزوجية قائمة بين أم الطفل وأبيه ، أو كانت معتدة من طلاق رجعى فإنها لاتستحق أجرة إرضاع ولدها ، لأن رزقها واجب على الأب لقيام الزوجية حقيقة أو حكما ، فلو أخذت أجرة على الارضاع لكان لها رزقان مع أن الله سبحانه وتعالى أوجب عليه رزقا واحداً بقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فإذا خرجت الأم من العدة فإنها تستحق الأجرة اتفاقا لقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) لكنها إذا أرضعت ولد زوجها فإنها تستحق الأجرة اتفاقا للنص السابق .

أما إذا كانت الأم فى عدة الطلاق البائن من الأب ، فقد اختلف العلماء فى استحقاقها أجرة الرضاع ، فقال بعضهم إنها تستحق الأجرة لأن النكاح قد زال فألحقت بالأجانب , وقال بعضهم إنها لاتستحق الأجرة لأن العدة من أحكام النكاح ، ولذا لايجوز شهادة أحدهما للآخر ولادفع الزكاة له ، ولأن ماتأخذه الأم من أجرة إنما هو نفقة ، وأن على الأب نفقتها ولايجب لشخص واحد نفقتان وإن تعددت الأسباب وهذا الرأى هو الراجح فى المذهب ، والعمل الآن جار على عدم استحقاق الأم أجرة ارضاع فى عدة الطلاق البائن .

ويظهر أثر الخلاف فيما لو التزم الأب بدفع أجرة الرضاع لمعتدته من الطلاق البائن المستحقة للنفقة عليه ، فإنها فى هذه الحالة تكون واجبة عليه قولا واحداً بمقتضى التزامه ، ولا يقبل منه بعد ذلك بأن التزامه السابق التزام بما لايلزم شرعا وهو لايقيد الوجوب لأن الأجرة واجبة شرعا على رأى مصحح فى المذهب وهذا وحده كاف فى وجوبها عند الالتزام بها .

فإذا كان الطلاق البائن قد وقع على الإبراء من نفقة العدة فإن الأم تستحق الأجرة عن الرضاع .

مبدأ استحقاق الام اجرة الرضاع :

فى الحالات التى تستحق الأم فيها أجرة الإرضاع فإنها تستحقها بمجرد الإرضاع ولو لم يكن هناك عقد اتفاق مع الأب ، لأن شفقتها تحملها على عدم الانتظار حتى تتفق مع الأب على الأجرة ، ويحق لها المطالبة بالأجرة عن المدة الماضية على رفع الدعوى .

وقد جرى القضاء أولا على عدم سماع دعوى الأم أجرة رضاع عن مدة ماضية على رفع الدعوى إذا لم يكن هناك عقد بينها وبين الأب .

ثم عدل القضاء بعد ذلك وأخذ بالرأى القائل بوجوب استحقاق الأم الأجرة على ارضاع ولدها بمجرد إرضاعه ولو لم يكن هناك عقد بينهما .

أما غير الأم من المرضعات الاجانب فإنها لاتستحق الاجرة إلا إذا كان هناك عقد أو اتفاق ، لأن تجردها من الشفقة والحنو على الصغير لايحملها على إرضاعه والخوف عليه ، فلو أرضعته قبل الاتفاق على الاجرة فإنها لاتستحق الاجرة عن المدة الماضية ، بل من تاريخ الاتفاق ، ويجعل ارضاعها له قبل ذلك تبرعا . وتلزم بارضاعه فى مدة الأجارة بالاجرة المتفق عليها فإن انتهت المدة لاتلتزم بارضاعه إلا إذا كان لايلقم إلا ثديها فإنها تلزم بارضاعه بأجرة المثل ولو كانت متبرعة وأرادت أن تنهى تبرعها والولد

لا يلقم إلا ثديها فإنها تلزم بارضاعه بأجرة المثل لأن فى عدم الإلزام تعريض الولد للهلاك .

حكم اجرة الارضاع :

بينا فيما سبق الحالات التى تستحق فيها الأم أجرة الارضاع . فاذا لم يكن للأب مال يستأجر به غيرها وأجبرت الأم على ارضاع الولد ، فانها تستحق الأجرة وتكون دينا على الأب ، وماتستحقه الأم على إرضاع الطفل لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فلا يسقط بموت الأب ، بل يكون حقا لها فى تركته كغيرها من الغرماء ، لأنها أجرة وليست من قبيل نفقة الزوجية ولا نفقة الأقارب التى قد تسقط بالموت ، كذلك لاتسقط هذه الاجرة بموت الطفل ولا بموتها فيطالب ورثتها بها .

المدة التى تستحق الأم فيها اجرة الارضاع :

ذكرنا فيما سبق الخلاف فى مدة الرضاع بين أبى حنيفة وبين صاحبيه والأئمة الثلاثة ، وهذا الخلاف إنما هو فى الرضاع المحرم ، أما الرضاع الذى تستحق عنه الأم أجرة فلاخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى أن مدته سنتان لقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) فهذا بيان للرضاع الذى يستحق عنه الأجرة — فإذا أرضعت الأم ولدها بعد السنتين لم تستحق أجراً على ذلك مطلقاً .

على من تجب اجرة الرضاع

إن أجرة رضاع الصغير واجبة فى ماله إن كان له مال دون أبيه وإن كان غنيا ، لأنها من قبيل النفقة ، وإيجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر ليس بأولى من إيجاب نفقة ذلك عليه إلا الزوجة فإن نفقتها على زوجها وإن كانت موسرة لأنها نظير احتباس الزوج لها بخلاف الولد فإن نفقته للحاجة وبيساره اندفعت حاجته فلا تجب على غيره .

وإذا لم يكن للصغير مال فإن الأجرة تكون واجبة على أبيه ، لأن نفقته عليه لا يشاركه فيها أحد بقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فوجوب نفقة الأم على الأب من أجل الولد يوجب عليه نفقة الولد نفسه ، وأجرة الرضاع من جملة النفقة .

وإذا لم يكن للصغير ولا لأبيه مال أجبرت الأم على إرضاعه ، وتكون أجرتها ديناً على الأب إلى حين يساره وذلك فى الأحوال التى تستحق فيها الأجرة على الإرضاع .

وإذا لم يكن للصغير مال ولم يكن له أب فإن أجرة رضاعه تجب على من يلى الأب فى وجوب الإنفاق عليه . لأنها من جملة أنواع النفقة .

اولوية الأم بالارضاع

وحيث إن الأم أكثر الناس شفقة وحنانا على الولد من غيرها فإنها تكون أولى بإرضاعه سواء كانت الزوجية قائمة أو لا . أو كانت لا ترضعه إلا بأجرة فى الأحوال التى يجوز لها فيها الأجرة إلا إذا وجدت أجنبية متبرعة بإرضاعه ، أو وجد من ترضعه بأقل مما تطالب به الأم ، ولو كان أجرة المثل ، فإن الأب لا يلتزم بدفع أجرة مع وجود متبرعة ، أو دفع أجرة كبيرة مع وجود من ترضى بالأقل ، لأنه لو ألزم بذلك لكان فيه مضارة به والله سبحانه وتعالى يقول (لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) فأولوية الأم ليست مطلقة بل مقيدة بما بيناه .

ولا فرق فى ذلك بين أن تكون المتبرعة أجنبية أو ذات رحم من الطفل ، ولا بين أن يكون الأب فقيراً أو غنيا ، ولا بين أن تكون الأجرة من مال الصغير أو من مال الأب .

وإذا كانت المرضعة غير الأم فان ذلك لا يسقط حق الأم فى حضانة الطفل . بل ترضعه وتذهب إلى بيتها ، ولا تلتزم بالمكث فى بيت الأم إلا إذا اشترط عليها البقاء والمكث فيه .

الصلح والابراء من اجرة الرضاع

فى الإحوال التى تستحق الأم فيها أجرة على إرضاع ولدها ، يجوز لها أن تبرىء الأب من الأجرة المستحقة لها بالفعل .

أما الأجرة التى لم تستحقها فلا يصح الإبراء منها إلا بشرطين .

الأول ـ أن يكون هذا الإبراء ضمن عقد الخلع أو الطلاق على مال . بأن تخالعه على نفقة الصغير .

فان نفقته وهو رضيع عبارة عن مؤونة إرضاعه ، وذلك لأن المرأة أسقطت ما لم يجب لها تبعا لإسقاط الزوج حقه فى إمساكها وذلك بابانتها.

فلو أبرأته من الأجرة قبل وجوبها فى غير الحالة المشار إليها لا يصح هذا الإبراء لأنه يكون إسقاطاً لما لم يجب قصدا وإسقاط ما لم يجب قصدا لا يصح ، كما فى نفقة العدة إذا أبرأته بعد تمام الخلع لم تسقط فإذا طالبته بها بعد ذلك جاز .

الثانى ـ تحديد المدة التى تبرئه من الأجرة فيها فى العقد . فإذا لم تحدد المدة وأطلقت الأبراء من نفقة الصغير لا يصح ، لأن ذلك يفضى إلى المنازعة فى المدة التى جعل عنها الإبراء إذ تدعى المرأة أنها نفقة شهر أو ستة أشهر والرجل يدعى نفقة المدة كلها وهى السنتان .

وقد سار القضاء أولا على جواز الإبراء مع عدم تحديد المدة أخذاً برأى من يرى ذلك من الفقهاء ، ثم عدل بعد ذلك وجرى على الرأى القاضى باشتراط التأقيت .

ولو وقع الإبراء صحيحا من المرأة بالشرطين المذكورين ، ثم أعسرت المرأة بعد ذلك فلها أن تطالب الأب بالأجرة ويجبر عليها ، لأن بدل الخلع دين له عليها ، ولا يسقط نفقة الولد بدين له عليها . إلا أن للأب أن يطالبها بهذه الأجرة بعد يسارها .

الباب الثالث
فى الحضانة

قدمنا الرضاع على الحضانة ، لأنه أول ما يحتاجه الطفل بعد ولادته لتغذيته وبقاء حياته ، أما الحضانة فهى خاصة بتربيته وحفظه والعناية به ، ومعاونته فى مأكله ومشربه وملبسه وتعليمه ورعاية صحته .

والحضانة فى اللغة هى الضم ، يقال حضنت الأم طفلها أى ضمته إلى صدرها أو جنبها . وفى اصطلاح الفقهاء هى تربية الولد والقيام بحفظه وإصلاحه .

حق الحضانة :

قرر بعض فقهاء الحنفية أن حق الحضانة للأم، لما روى أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء ، وثديى له سقاء ، وأن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال عليه السلام (أنت أحق به ما لم تتزوجى) ولما روى أن عمر رضى الله عنه كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما فرآه فى الطريق وأخذه ، فذهبت جدته أم أمه وراءه وتنازعا بين يدى أبى بكر الصديق ، فأعطاها إياه ، وقال لعمر ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك . فالحديث السابق وحادثة عمر يدلان على أن الحضانة حق للحاضنة سواء كانت أما أو غيرها .

وبناء على هذا إذا امتنعت صاحبة الحق فى الحضانة عنها لم تجبر عليها سواء كانت متعينة لحضانته أم غير متعينة ، وقيد بعض المحققين ذلك بما إذا كانت لم تكن متعينة لحضانته ، أما إذا كانت متعينة لها ، بأن لم توجد حاضنة ممن يليها فى الاستحقاق ، أجبرت عليها حتى لا يضيع الصغير .

وذهب بعض آخر إلى أن الحضانة تثبت حقا للمحضون قياسا على الرضاع ، لأن كلا منهما يحتاج إليه الصغير ويتلف بتركه ، والرضاع واجب على الأم حقا للصغير بقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن) فتكون الحضانة واجبة حقا للصغير كذلك ، ويؤيد هذا الرأى بما روى من أن المرأة لو اختلعت نظير ترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لأن هذا حق الولد فى أن يكون عند أمه : وهذا يدل على أن الحضانة حق للصغير لا للأم ، لأنه لو كان حقها لجاز لها أن تسقطه .

وبناء على هذا الرأى لو امتنعت الأم عن حضانة ولدها أجبرت عليها ، والظاهر أن غير الأم من الحاضنات فى هذا الحكم سواء ، لأن حق الحضانة يثبت لهن نيابة عن الأم ، والحقيقة أنه لا تعارض بين هذين الرأيين . لأن مراد من قال إن الحاضنة لا تجبر معناه إذا لم تتعين ، ومراد من قال بالاجبار إذا تعينت ولم يوجد سواها .

وإذا تنازلت الأم عن حقها فى الحضانة ورضى من يليها فى الاستحقاق بحضانته ، ثم رأت بعد ذلك أن تطالب بحضانته ، فإنها تجاب إلى ذلك ، ولو صدر حكم باسناد الحضانة إلى غيرها لبقاء حق الصغير فى أن تحتضنه من هى أقرب إليه وهى أمه ، والواقع أن فى الحضانة حقوقا ثلاثة ، أقواها حق الصغير ، ثم حق الحاضنة ، ثم حق الأب أو غيره من العصبات ، ومدار الحضانة على نفع المحضون ، مع عدم الإضرار بالأم أو الأب لقوله تعالى « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » ومصلحة الصغير موكولة إلى القاضى وعليه التقصى عنها والحكم بمقتضاها .

ترتيب الحاضنات :

إن الأصل فى الحضانة أن تكون للنساء ، لأنهن أقدر من الرجال على تعرف ما يلزمه ، وأصبر على تربية الطفل ، وأكثر شفقة وعطفا وحنانا ،

ولأنه فى مسيس الحاجة إلى رعايتهن . ولكنهن لسن فى مرتبة واحدة . بل الأقرب فالأقرب منهن ، ويتنقل الحق فى الترتيب بينهم عند عدم وجود المستحقة لها ، أو أن تكون غير مستوفية للشروط .

وأحقهن وأولاهن بالحضانة الأم ، فإن لم تكن موجودة أو غير مستوفية للشروط فالحضانة لأم الأم وإن علت ثم لأم الاب كذلك ثم الاخت الشقيقة ثم الاخت لأم ثم الاخت لأب ثم بنت الاخت الشقيقة ثم بنت الاخت لأم ، ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم ، ثم الخالة لأب ، ثم بنت الاخت لأب ، ثم بنت الاخ الشقيق ، ثم بنت الاخ لأم ، ثم بنت الاخ لأب ، ثم العمة الشقيقة ثم العمة لأم ثم العمة لأب .

وتأخير بنت الاخت لأب عن الخالات هو الصحيح ، وقيل إنها مقدمة على الخالات وتقديم الاخت لأب على الخالة هو إحدى الروايتين عن أبى حنيفة ، والرواية الثابتة تقديم الخالة على الاخت لأب ، وقد استدل على هذه الرواية بقول الرسول (الخالة والدة) وذلك حين إختصم كل من على وأخوه جعفر وزيد بن حارثة فى ضم بنت حمزة رضى الله عنه عند الرسول . فقال على هى بنت عمى . وقال جعفر هى بنت عمى وخالتها عندى وقال زيد هى بنت أخى آخيت بينى وبينه يارسول الله فقضى الرسول بها لجعفر لأن خالتها عنده . وهذا دليل ضعيف لأن ذلك يقتضى تقديم الخالة على الاخت الشقيقة والاخت لأم ، ولم يقل بذلك أصحاب المذهب ، ولكن المراد بالحديث أن الخالة أحق بالبنت من ابن عمها ومن أخى المؤاخاة لابيها لأنها أشفق منهما لقربها من الأم .

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء أو لم يكن مستوفيا لشروط الحضانة فإنها تنتقل إلى العصبة من الرجال على حسب ترتيبهم فى الميراث . فيقدم الأب ثم أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ،

ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب (ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب) إذا كان المحضون انثى صغيرة جداً وكان ابن عمها مأمونا ـ والصحيح أن ابن العم مطلقاً لاحق له فى حضانتها ، ويكون للقاضى الحق فى اختيار امرأة أجنبية مأمونة . إذا لم يكن لها محارم من الرجال ولا غيرهم من النساء .

فإذا لم يوجد من يستحق الحضانة من العصبات ، أو وجد وكان غير أهل لها انتقل الحق إلى محارمه من الرجال غير العصبة ، فيكون للجد أبى الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم لابنه ، ثم العم لأم ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ثم الخال لأم .

وإذا تعدد المستحقون للحضانة وكانوا فى درجة واحدة وتوفر فيهم شروطها فالقاضى أن يحكم بها لأصلحهم للصغير وأتقاهم ، فإن تساووا كان الأحق بها للأكبر منهم سناً .

شروط استحقاق الحضانة :

يجب أن تتوفر فى كل من يحضن الصغير الشروط الآتية :

(١) الحرية . (٢) البلوغ .

(٣) العقل . (٤) القدرة على العناية بشئون الصغير ورعايته وتربيته .

(٥) الأمانة عليه وصيانته مما يضر بصحته أو يؤثر فى نفسيته ودينه . فلاحق للفاسد فى الحضانة .

وإذا كانت الحاضنة من النساء فيشترط فيها زيادة على ماتقدم الشروط الآتيـة :

١ — أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون ذكراً كان أو أنثى .

٢ — وألا تكون متزوجة بغير محرم من الصغير .

٣ — وألا تعيش بالصغير مع من يبغضه .

٤ — وألا تسكن مع أجنبي عن الصغير .

٥ — وألا تكون مرتدة . ولا يشترط اتحادالدين ، فالذمية أهل لحضانة المسلم ويستمر الولد فى حضانتها إلى أن يعقل الأديان . وقدر لذلك ببلوغه سبع سنين فإنه يؤخذ منها عند ذلك إلا إذا خيف عليه الكفر أو التخلق بأخلاق الكفار بأن قامت بتعميده أو تلقينه عقيدتهم أو إطعامه لحم الخنزير وسقيه الخمر ، فإنه ينزع منها وإن لم يبلغ السابعة من عمره .

٦ — ألا تنتقل الحاضنة بالصغير من مكان الحضانة من غير إذن أبيه .

وإذا كان الحاضن من الرجال فيجب أن تتوفر فيه زيادة على الشروط التى يجب توفرها فى كل من يحضن الصغير مايأتى :

١ — أن يكون ذا رحم محرم من المحضون إذا كان أنثى .

٢ — وأن يكون متحداً فى الدين معه ، وجميع الديانات غير الإسلام تعتبر ديناً واحدا هنا كما فى الميراث .

اجر الحضانه :

إذا حضنت الأم ولدها أثناء قيام الزوجية بينها وبين أبيه ، أو فى مدة العدة من الطلاق الرجعى ، فإنها لاتستحق أجراً على ذلك ، لقيام الزوجية حقيقة أو حكما ولأن ماتأخذه الأم نظير الحضانة له شبه بالأجرة ، فلوحظ فيه شبه النفقة حال قيام الزوجية ، ولأن نفقتها واجبة عليه فلا تستحق نفقة أخرى .

وإذا كانت الأم فى عدة الطلاق البائن . فقيل أنها لاتستحق الأجرة على الحضانة أيضاً لوجوب نفقة العدة على الأب ، ولبقاء بعض أحكام النكاح بينهما ، وقيل إنها تستحق الأجرة على الحضانة لأن الطلاق البائن يزيل النكاح ، فإن كانت معتدة الطلاق البائن مطلقة على البراءة من نفقة العدة وجبت لها أجرة الحضانة ، وكذلك إذا التزم الأب لمطلقة البائن بأجرة

الحضانة عن مدة العدة فانها تجب عليه ، لأنه التزم بأمر واجب عليه على أحد القولين .

وإذا قامت الأم بحضانة ابنها بعد طلاقها من أبيه وانقضاء عدتها منه فانها تستحق الأجرة على ذلك ، لأنها تحبس نفسها لخدمة الصغير ، ونفقتها غير واجبة على أبيه فى هذه الحالة فتجب لها أجرة الحضانة ،

أما غير الأم من الحاضنات فانها تستحق الأجرة نظير حضانتها للصغير مطلقاً ، وأجرة الحضانة لا تسقط بمضى المدة ولا بموت الصغير . ولا بموت من تجب عليه ، بل تكون المرأة أسوة بغرماء الميت فيها ، وكذلك لا تسقط بموت الحاضنة ، فلورثتها من بعدها أن يطالبوا بهذه الأجرة .

وأجرة الحضانة تعتمد اليد . فلو سقط حق الحاضنة ، وإبقاء أبوه فى يدها ولم يطلب نزعه منها لتزوجها بغير ذى رحم محرم من الصغير أو لعدم صلاحيتها ، فإنه يجب لها أجرة الحظانة فى هذه الحالة ولا يقبل منه الدفع بعدم استحقاقها للأجرة ، لأنها نظير قيامها بتربيته .

متى تستحق الأم اجرة الحضانه :

إذا كانت أجرة الحضانة واجبة فى مال الصغير بأن كان له ماله ، أو كانت واجبة على الأب وكان معسراً ، ووجد من أقارب الصغير من يتبرع بحضانته بأن كانت ذات رحم محرم منه وتوفرت فيها الشروط المطلوبة ، وكانت موسرة وقادرة على القيام بنفقات الحضانة وكان الصغير غير رضيع ، خيرت الأم بين أن تحتضنه بالمجان وبين دفعه إليها .

أما إذا كان الأب موسراً . فان الام تقدم على المتبرعة ويفرض لها الأجر رعاية لمصلحة الصغير ، وكذلك لو كانت المتبرعة من غير أهل الحضانة ، بأن لم تكن ذات رحم محرم من الصغير أو لم تتوفر فيها شروط الحضانة .

وتختلف أجرة الحضانة عن الرضاع ، فى أن المتبرعة فى الرضاع تقدم

على الأم فى جميع الحالات إذا طالبت الأم بالأجرة ، لأن القصد من الرضاع التقوية والأم وغيرها فى ذلك سواء ، بل ربما يكون لبن غيرها أفضل للصغير . أما الحضانة فانها تقوم على الشفقة والحنان والعطف على الصغير وذلك متحقق فى الأم أكثر من غيرها .

والأم فى الحالات التى تقدم فيها على غيرها لا تستحق سوى أجرة المثل ، ولا تجاب إلى طلب الزيادة .

اجرة مسكن الحضانة :

نفقة الصغير تشمل طعامه وبدل كسوته وأجرة الخادم إن كان محتاجا إلى من يخدمه ، واختلف فى شمولها لأجرة المسكن على قولين .

الأول . أنه لا تجب له أجرة مسكن مطلقا لانه لا يستطيع الاستقلال بنفسه فى السكنى ، بل يكون تابعا لغيره فيها .

الثانى : أنه إن احتاج إلى مسكن وجبت له أجرته ، كأجرة الخادم . بل هو أشد حاجة إلى السكنى من الخادم ، وثبتت حاجته إلى المسكن إذا لم يكن للحاضنة مسكن تسكن فيه .

ويرى البعض عدم فرض أجرة مسكن للصغير إذا كانت الحاضنة تملك مسكنا وتكون ساكنة فيه بالفعل ، ويرى البعض الآخر . إلى أنه مادامت الحاضنة تملك مسكنا يمكنها أن تسكن فيه ويسكن الصغير تبعا لها فانه لا تفرض لها أجرة مسكن له . ولو لم تكن ساكنة فى ملكها بالفعل .

وأجرة المسكن لا تفرض للصغير إذا كانت سكنى الحاضنة واجبة على أبيه ، كما لو كانت متزوجة ، أو فقيرة غير متزوجة ولها أب قادر . لأن سكناها واجبة على زوجها أو على أبيها .

ولا تتعدد أجرة الحضانة بتعدد المحضونين ، ولا تنخفض بزوالها عن بعضهم مادامت ثابتة للحضانة لأنها للحاجة ، وحاجة الواحد كحاجة الأكثر .

وأجرة المسكن تعتبر من نفقة الصغير . وليست من أجرة الحضانة ، فلا يسرى عليها حكم الأجرة من عدم السقوط بالموت ، بل تخضع فى ذلك لأحكام النفقة .

سبب استحقاق اجرة الحضانة :

جرى القضاء على أن سبب استحقاق أجرة الحضانة هو مجرد القيام بها، سواء كان هناك عقد بين الحاضنة وبين أبى الصغير أو لم يكن ، وسواء كانت الحاضنة هى الأم أو غيرها ممن لهن حق حضانته . وحكم فيها عن المدة السابقة على طلبها متى تحقق ذلك ، ولا يسقط بمضى المدة إلا إذا مضى على استحقاقها المدة المسقطة للحقوق وهى خمس عشرة سنة مع عدم المطالبة بها وعدم وجود عذر شرعى فى ذلك مع إنكار من تجب عليه طبقا للمادة ٣٧٥ من اللائحة .

على من تجب اجرة الحضانة :

إن أجرة الحضانة لا تخرج عن كونها من جملة النفقات الواجبة للصغير، فإن كان له مال وجبت فى ماله ، وإن لم يكن له مال وجبت على أبيه ، لأن نفقته على أبيه لا يشاركه فيها أحد . فإذا كان أبوه معسراً ولم توجد من تتبرع بحضانته أجبرت الأم على الحضانة وجعلت أجرتها دينا على الأب إلا إذا كان فقيراً عاجزاً عن الكسب ، فإنه يعتبر فى حكم الميت ، وإذا لم يكن للصغير مال ولا أب له كانت أجرة حضانته واجبة على من تجب عليه نفقته .

الابراء من اجرة الحضانة :

يجوز الإبراء من أجرة الحضانة إذا كانت مستحقة بالفعل أما إذا لم تكن مستحقة فإن الإبراء منها لا يقع صحيحاً إلا إذا كان فى مقابل الخلع أو الطلاق على مال من أبى الصغير ، ويشترط أن تكون المدة التى وقع الإبراء من أجرتها

معينة كمخالعته على إمساك الصغير سنتين أو ثلاث مثلا ، وذلك على الخلاف الذى بيناه فى الإبراء من أجرة الرضاع .

وإذا سقطت حضانتها قبل انتهاء المدة المبينة فى الإبراء فللأب أن يأخذ إبنه منها وأن يرجع عليها بأجرة المثل عن المدة الباقية على أساس أنها من بدل الخلع ، وذلك إذا لم يشترط عدم الرجوع عليها إذا سقطت حضانتها ، ومثل سقوط حضانتها إذ تزوجها الأب قبل انتهاء العدة أو مات الصغير أو ماتت هى قبل انتهائها .

وإذا أعسرت الحاضنة بعد الإبراء لا يصح لها مطالبة الأب بأجرة الحضانة لأن هذه الأجرة مستحقة لها لا للصغير وإن كان استحقاقها لها بسببه.

مكان الحضانة :

مكان الحضانة هو محل إقامة الزوجين وقت وقوع الفرقة بينهما ، ولا يجوز للأم الحاضنة أن تنتقل من بيت الزوجية إلا بإذن الزوج ، كما لا يجوز للمعتدة من طلاق رجعى أو بائن أن تنتقل من بيت العدة إلا بإذن أبى الصغير .

وإذا انقضت عدتها من أبى الصغير فالأصل عدم جواز انتقالها من مكان الحضانة إلا بإذن الأب أو ولى النفس ، لأن انتقالها يؤدى إلى إبطال حقه فى رؤية الولد وتعهده وفيه إضرار بالصغير من بعده عن إشراف أبيه أو ولى النفس عليه .

ويستثنى من هذا الأصل ثلاث حالات :

الأولى — انتقالها إلى أية ناحية من نواحى البلد الذى يقع فيه مكان الحضانة . ولو كانت بعيدة .

الثانية — انتقالها إلى مكان قريب ولو إلى بلدة أخرى غير التى يقع فيها مكان الحضانة . والمكان القريب هو الذى يمكن للأب أن ينتقل إليه لرؤية ابنه أول النهار ويعود منه قبل أن يدخل الليل .

الثالثة — انتقالها إلى مكان بعيد إذا توفر فيه شرطان.

الأول أن يكون أبو الصغير قد سبق أن عقد عليها فيه لقول الرسول عليه الصلام « من تأهل فى بلدة فهو من أهلها يصلى صلاة المقيم » لأن البلدة فى نفس الوقت محل إقامة للمرأة ، فتكون محل إقامة للزوجين ، ويكون للحضانة مكانان ، محل إقامة الزوجين وقت العقد ، ومحل إقامة الزوجين وقت وقوع الفرقة ، فيجوز لها البقاء فى أيهما شاءت .

الثانى — أن يكون هذا المكان وطناً لها ، بأن تكون قد نشأت فيه أو يوجد به أهلها . ويشترط أن يكون المكان البعيد فى دار الإسلام .

وإذا كانت الحاضنة غير الأم ، فلا يجوز لها أن تنتقل بالصغير من مكان الحضانة إلا بإذن الأب أو الولى على النفس ، ولا يجوز لها الانتقال إلى المكان البعيد ولو كان وطناً لها . ونقل الرافعى فى تقريره أن بعض الفقهاء المتأخرين قد استنتج أن غير الأم من الحاضنات مثل الأم فى جواز انتقالها إلى المكان القريب ، لأن العلة التى أوردوها فى جواز انتقال الأم إلى البلدة القريبة ، كالانتقال إلى أحد جوانب البلدة الواحدة تقتضى جواز هذا الانتقال مطلقا سواء كانت الحاضنة أما أو غير أم ، وإلزام الحاضنة بعدم انتقالها من مكان الحضانة إنما يكون عند إقامة الأب أو الولى فى مكان الحضانة . أما لو انتقل من هذا المكان ، كان للحاضنة أن تنتقل بالصغير حيث شاءت ، إذ لا يجب عليها أن تتابع الأب حيث ذهب .

ما يترتب على انتقال الحاضنة بالصغير :

إذا كانت الحاضنة زوجة أو معتدة وانتقلت بالصغير من مكان الحضانة فليس للأب أن ينزع الولد منها ، لأنه يستطيع أن يعيده إليه بإعادة أمه ، ولا تقبل منه فى هذه الحالة دعوى إسقاط الحضانة .

أما إذا كانت الحاضنة قد انقضت عدتها ، أو كانت غير أم للصغير

وانتقلت به من مكان الحضانة إلى مكان لا يجوز لها الانتقال إليه ، فقد رأى بعض القضاة أنه لا يترتب على ذلك الحكم بإسقاط حضانتها ، لأن الفقهاء لم ينصوا على حرمانها من حق الحضانة عند الانتقال ، والبعض الآخر يرى سقوط حقها فى الحضانة .

مدة الحضانة :

مدة الحضانة هى التى يحتاج فيها الطفل إلى نوع من الخدمة والرعاية ، وتنتهى هذه المدة بالنظر إلى الغلام ببلوغه حداً يستقل فيه بخدمة نفسه ، وقدرها بعض الفقهاء بسبع سنين ، وقدرها البعض الآخر بتسع سنين ، والفتوى على الرأى الأول .

وقد راعى المشرع فى المادة رقم ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كلا التقديرين فجعل السبع حدا أدنى والتسع حداً أعلى . وجعل للقاضى الحق فى الحكم بما يراه فى مصلحة الطفل على حسب قوته وضعفه وحاجته . فقضى على أن (للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع) .

أما بالنسبة للبنت فيرى الإمام محمد أن الحد الذى تنتهى فيه الحضانة هو سن المراهقة ، وهى تسع سنين على الأصح وقبل إحدى عشرة سنة ، سواء أكانت الحاضنة هى الأم أو الجدة أو كانت الحاضنة غيرهما . وفى ظاهر الرواية التفريق بين حضانة الأم أو الجدة وحضانة غيرهما ، فإن كانت الحاضنة الأم أو الجدة بقيت البنت فى حضانتها حتى تبلغ مبلغ النساء ، وإن كانت الحاضنة غيرهما بقيت البنت فى حضانتها حتى تبلغ سن المراهقة ، على ما بيناه ، ومذهب محمد هو المفتى به وأخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة (٢٠) فقد نص على ما يأتى (وللصغيرة بعد تسع إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك) .

وعللوا التفرقة بين الغلام والبنت فى أن الغلام بعد الحد الأدنى يستغنى

فيه عن خدمة النساء ، يحتاج إلى التربية والتعليم والتأديب والتخلق بأخلاق الرجال ، والرجل أقدر على ذلك من المرأة .

أما البنت فإنها فى مدة الحضانة فى حاجة إلى تعليمها ما يلزم من تدبير المنزل وتنظيمه ، وتلقينها ما يحسن من عادات النساء وآدابهن ، فإذا بلغت حد الاستغناء كانت فى حاجة إلى الحفظ والصيانة ، والرجال أقدر على ذلك من النساء فتضم إلى العصبة من الرجال على الترتيب الذى شرحناه فى حضانة العصبة .

ويجبر العاصب على ضمهما بعد انتهاء حضانتها مع مراعاة الشروط التى اشترطت فيمن له الحق فى ذلك .

وإذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للمحضون أحد من العصبة الذين لهم الحق فى ذلك ولم يكن هناك وصى يمكن تسلم الصغير إليه ، فإنه يبقى عند حاضنته حتى يرى القاضى ما هو أصلح له ، فإذا بلغ الصبى مبلغ الرجال فليس لأبيه ولا لغيره سبيل عليه ، بل يكن له حق الخيار فى الإقامة مع أبيه أو مع أمه أو منفرداً ، إلا أن يكون غير مأمون على نفسه فإنه يجبر على البقاء .

وأما البنت فإنها تبقى عند صاحب الحق فى ذلك ، وليس له دفعها للتكسب من صناعة أو خدمة تختلط فيها بالرجال ، لاخلال ذلك بواجب الحفظ والصيانة ، ويجوز له أن يسلمها إلى امرأة أمينة تعلمها ما يلزم من شئون البيت وتدبيره ،

فإذا بلغت البنت مبلغ النساء وكانت بكراً فإنها تبقى مع الحاضن ولو كانت مأمونة على نفسها ، فإن صارت مسنة وعرف عنها حسن الرأى والعفة فليس لأبيها ولا لغيره أن يجبرها على البقاء عنده .

أما الثيب فإنها لا تجبر على البقاء عند أبيها أو غيره من الأولياء إلا إذا كانت غير مأمونة على نفسها .

فالشاب غير المأمون والثيب غير المأمونة والبكر الشابة ، لا خيار لأحد منهم فى الإقامة بعد البلوغ ، بل يجبرون على الإقامة مع الأب أو من يقوم مقامه من الأولياء .

وأما الشاب المأمون ، والثيب المأمونة والبكر المسنة ذات العقل والعفة فلا يجبر أحد منهم على الإقامة مع الأب أو الولى ، بل يقيمون حيث يشاؤون.

حق رؤية الصغير شرعا

المنصوص عليه أن الولد إذا كان عند أحد الأبوين فلا يمنع الآخر من زيارته . وأنه إذا كان فى حضانة الأم وأراد أبوه أن يراه فلا تجبر على إرساله ليراه لكن لا تمنعه من ذلك ، وإذا كان مع أبيه بعد انتهاء الحضانة أو سقوطها ، فإنه لا يجبر على إرساله لأمه ، وإذا أرادت أن تراه لا يمنعها من ذلك . وقد جرى القضاء على الحكم بتمكين الأب من رؤية ابنه الصغير لدى حاضنته كلما شاء ، لأن المنصوص عليه شرعا أنه لا يجوز للزوج أن يمنع والديها وولدها من غيره من رؤيتها وكلامها فى أى وقت شاؤا لأن فى المنع من ذلك قطيعة للرحم ولا ضرر على الزوج من ذلك ، كما حكم بتمكينه من رؤيته مرة فى كل أسبوع طبقاً لما قرره بعض الفقهاء من أن الزوج ليس له أن يمنع زوجته من الخروج لرؤية والديها مرة كل أسبوع .

ولم يحدد فى الفقه أو القضاء المدة التى تستغرقها الرؤية ، ولكن الحكمة من إثبات هذا الحق هى تمكين الأب من تعهد الصغير ـ كما يفهم ذلك مما نص عليه فى جامع أحكام الصغار من أنه (إذا كان الغلام والجارية عند الأم فليس لها أن تمنع الأب من تعاهدهما وإذا صار إلى الأب فليس له أن يمنع

الأم من تعاهدهما والنظر إليهما ـ وهذا يقتضى أن تكون مدة الزيارة كافية للتعرف على شئون الصغير بالنظر فى مصالحه .

تنفيذ حكم الرؤية قانونا

بما لولى الأمر من حق تنظيم طرق تنفيذ الأحكام فقد نص على (تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالاحوال الشخصية يكون قهراً ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل ، ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ) ونص على أن (التنفيذ يحصل بمعرفة رجال الإدارة أو من تعينه وزارة الحقانية لذلك) ونص على الصيغة التنفيذية التى يذيل بها الحكم وهى(يجب على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلى كل سلطة وكل قوة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة الجبرية متى طلب منها ذلك طبقاً لنصوص اللائحة) .

وهذه النصوص قد تضمنها الأمر العالى الصادر سنة ١٨٩٧ والقوانين المعدلة له رقم ٣١ سنة ١٩١٠ و ٧٨ سنة ١٩٣١ وأبقى المشروع عليها حين ألغى المحاكم الشرعية فى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وقد جرى العمل على أنه عند الامتناع عن تنفيذ الحكم بالتمكين من رؤية الصغير أن ينفذ عن طريق رجال الإدارة باستحضار الصغير إلى قسم الشرطة حتى يتمكن المحكوم له من رؤيته طبقاً للقانون .

موقف الأم :

وبالتقصى يعلم أن الأم هى السبب دائما فى تنفيذ أحكام تمكين الأب من رؤية الصغير عن طريق رجال الشرطة ، لأنها لو لم تمتنع من تمكين الأب من ذلك ، ما اضطر إلى الالتجاء إلى هذا الطريق ، ولما تكررت تلك المآسى والمناظر التى يكون ضحيتها الصغير .

والأم دائما تسىء الظن بالأب وتخشى أن يغتصب حقها ، مع أن القانون قد كفل لها هذا الحق ومنع التعدى عليه فقد جاء فى المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات بأنه (يعاقب بالحبس مدة لاتتجاوز سنة أو بغرامة لاتزيد على خمسين جنيها مصريا أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه ، وكذلك أى الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان بغير تحايل أو إكراه) .

مشروع القانون الموحد :

لما كان المتفق عليه أن مدار الحضانة والأحكام المتعلقة بها على نفع المحضون فقد لاحظ واضعوا المشروع ملاقاة مافى طريق التنفيذ من عيوب ومآخذ ونصوا على أنه (إذا كان الولد عند أحد الأبوين لايجوز أن يمنع الآخر من رؤيته ، سواء كان الولد فى سن الحضانة أو فوقها ، وفى حالة المنع أو عدم رغبة أحد الأبوين أن يذهب لرؤية الولد عند الآخر يعين القاضى موعدا دورياً ومكانا مناسبا ، ويكلف من عنده الولد احضاره إليه ليراه الآخر فيه ، ويفضل أن يكون بيت أحد الأقارب أو الاصدقاء وينفذ هذا الإحضار جبرا إذا امتنع عنه من عنده الولد احضاره إليه ليراه الآخر فيه ،مادة ١٧٧ وقد بينت المذكرة التفسيرية أن هذه الأحكام مأخوذة من الفقه الحنفى .

مشروع القانون الجديد :

لقد عالج مشروع القانون الجديد أحكام رؤية الصغير بما يحسم الخلاف ويحفظ المشاعر النفسية للصغير وعدم ترك آثار سيئة عنده بسبب التنفيذ

الإدارى وفى مقر الشرطة فقد جاء فى المـادة ٢١٩ أنه (إذا كان المحضون عند أحد الأبوين لايجوز له أن يمنع الآخر من رؤيته ، وفى حالة المنع أو عدم الرغبة فى الذهاب لرؤيته فى مكان من هو عنده يعين القاضى موعدا دورياً للرؤية بمكان يتفق عليه الطرفان أو تحدده المحكمة إذا اختلفا على ألا يكون بأمكنة الشرطة) .

وجاء فى المادة ٢٢٠ (لاينفذ حكم الرؤية جبرا ، ولـكن إذا امتنع من بيده الولد عن تنفيذ الحكم يوقف حقه فى الحضانة مدة تقدرها المحكمة وفقاً لما يتبين لها) .

وبينت المادة ٢٢١ أحكام إقامة الصغير بعد إنتهاء مدة الحضانة فنصت على أنه (بعد انتهاء أجل الحضانة يقيم الفتى حيث أحب إلا أن يكون غير مأمون على نفسه فيكون للولى المحرم ضمه إليه ، وتبقى الفتاة فى يد الولى المحرم إلا أن يثبت أنها تضار بالبقاء أو أنها غير مأمونة على نفسها فيجوز لها الانفراد أو الإقامة مع غيره من أهلها وإذا امتنعت الـكبيرة البالغة عن تنفيذ الحكم بضمها أجبرت على التنفيذ بالوسائل المتبعة ، ولا تحرم من نفقتها ، وإذا بدا من الولى بعد التنفيذ مايضر بصالحها فلا تجبر على الإقامة معه) .

مكان الرؤية :

وقد جرى القضاء على تحديد مكان الرؤية فى أقسام الشرطة عند عدم اتفاق الطرفين على مكان لها .

ولما كان هذا التحديد لايستند إلى نص شرعى أو قانونى ، وفى الوقت ذاته ضار بمصلحة الصغير ، فيكون من المستحسن تنبيه السادة القضاة من الآن إلى تحديد مكان محايد عند الاختلاف ، وذلك كمكاتب الاتحاد الاشتراكى أو مكتب ناظر أقرب مدرسة للمنزل الذى به الصغير أو غيرها وقد استجابت وزارة العدل إلى هذا وأصدرت منشوراً إلى المحاكم بذلك ، وبعدم تنفيذ حكم الطاعة بالطرق الجبرية .

الباب الرابع

فى نفقة الأقارب

النفقة مشتقة من النفوق ، وهو الهلاك : يقال نفقت الدابة نفوقا هلكت ، أو من النفاق وهو الرواج ، يقال نفقت السلعة نفاقا راجت .

ومعناها فى اللغة : ما ينفقه الإنسان على عياله وغيرهم : وهى بهذا المعنى تتضمن المعنى الذى اشتقت منه لأن فيها هلاك المال بالنسبة للمنفق والرواج بالنسبة للمنفق عليه : ومعناها فى اصطلاح الفقهاء الإدرار على شخص بما فيه بقاؤه .

وتطلق عند الفقهاء بإطلاقين : عام ويراد بها الطعام . والكسوة والسكنى . وخاص ويراد بها الطعام وذلك حين يعطفون عليها الكسوة والسكنى ، وعند الإطلاق العام لا يدخل فيها بدل الفرش والغطاء أو أجرة الخادم أو أجرة رضاع الصغير أو حضانته أو المصاريف المدرسية أو العلاج ، إلا بالنص عليها صراحة فى اتفاق أو حكم . لأن العرف قد جرى على عدم تناول النفقة عند الإطلاق لهذه الأمور ، وإذا صدر حكم بالنفقة انصرف إلى الطعام والكسوة والسكنى ، ولا يتناول ما عداها فيجوز الادعاء به بعد ذلك .

أسباب النفقة :

- تنحصر أسباب وجوب نفقة الشخص على غيره فى الزوجية والقرابة والملك : فالزوجة تجب نفقتها على زوجها بسبب الزوجية الصحيحة : والقرابة وهى الرابطة التى توجب التراحم والتواصل سواء كانت قرابة ولاد أو قرابة محرمية . والنفقة تجب للعبد والامة على سيدهما بسبب الملك .

وسنقصر الكلام على النفقة الواجبة بسبب القرابة وهى نفقة الأولاد والأقارب .

والمراد بنفقة الولاد : هى نفقة الأصول والفروع : فتجب للفروع على أصولهم بسبب أنهم مولودون لهم وجزء منهم ، وتجب على الفروع لأصولهم لأنهم تسببوا فى حياتهم فتجب عليهم أن يحيوا أصولهم بالإنفاق عليهم.

والمراد بنفقة الأقارب : النفقة الواجبة للأقارب ذوى الرحم المحرم غير الأصول والفروع .

اسباب وجوب نفقة الولاد والاقارب :

إن سبب وجوب نفقة الولاد يختلف عن سبب وجوب نفقة الأقارب.

فسبب وجوب نفقة الولاد هو الجزئية وكونهم مولودين لأصولهم : لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) أى (نفقتهن) وحيث إن جزئية الفرع للأصل ثابتة فى جميع الأحوال فإن نفقة الفروع والأصول تكون واجبة حتى مع اختلاف الدين ، ويتأكد ذلك فى جانب الأصول بقوله تعالى (وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا) فقد فرض الله على الولد المسلم مصاحبة والديه الكافرين بالمعروف ، وليس من المعروف أن يتقلب هو فى النعيم ويتركهما مع الجوع والعرى .

وأما سبب وجوب نفقة الأقارب : فهو مجموع أمرين : أهلية الاستحقاق فى الإرث والقرابة المحرمية :

واعتبار أهلية الاستحقاق فى الإرث سبب فى وجوب النفقة ، يفيده ظاهر قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهم بالمعروف . لا تكلف نفس إلا وسعها . لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) لأن معناها أنه يجب على الوارث مثل ما وجب على الأب من النفقة : لأنه يمكن أن يراد بالإشارة فى قوله (ذلك) المعنى البعيد وهو إيجاب النفقة على الأب المنصوص عليه فى قوله (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن

بالمعروف) ويحتمل أن يكون المشار إليه هو أقرب الأحكام المذكورة في قوله (لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) لكن هذا الاحتمال بعيد لأن وجوب عدم المضارة أمر لا يختص به الوارث دون غير : فيتعين أن يكون المراد بالآية هو وجوب النفقة على الوارث ، وهذا يدل على أن العلة في وجوبها هي أهلية الاستحقاق في الإرث :

وإنما قلنا إن السبب هو أهلية الاستحقاق في الإرث لا حقيقة الإرث فيه على ما يفيده ظاهر قوله (الوارث) لأن حقيقه الإرث لا يمكن أن تكون مرادة قطعا ، إذ هي بموت المورث ، وبعد الموت لا تجب النفقة .

ويفيد أهلية الإرث بكون من ثبتت له محرما يدل عليه قراءة ابن مسعود (وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك) فهذه الزيادة وإن لم تعتبر قرآنا بعدم ثبوتها عن طريق التواتر إلا أنها تصلح بيانا للقراءة المتواترة ، وقد بلغت حد الشهرة فصارت بمنزلة الحديث المشهور والحديث المشهور يصلح مخصصا لعموم الكتاب .

وحيث إن سبب وجوب نفقة الأقارب هو أهلية الإرث مع القرابة المحرمية فإنها لا تجب مع اختلاف الدين لانعدام أهلية الإرث ، فلا يجب على الأخ غير المسلم النفقة على أخيه المسلم المحتاج إلى النفقة ، كما لا تجب النفقة لابن العم على ابن عمه وإن كان محرما منه في هذه الحالة إلا أن محرميته ليست بسبب القرابة بل بسبب الرضاع .

شروط وجوب النفقة :

يشترط لوجوب نفقة الأولاد والأقارب شرطان أن يكون من تجب له النفقة محتاجا إليها . وأن يكون من تجب عليه النفقة موسرا ، فلا تجب النفقة لواحد من الفروع أو الأصول أو الأقارب إلا إذا كان محتاجا إليها ، بخلاف نفقة الزوجة على زوجها ، فإنها تجب لها سواء كانت موسرة أو معسرة لأنها نظير احتباسها لحق الزوج .

والحاجة الموجبة لاستحقاق نفقة الأولاد والاقارب لاتتحقق إلا بالفقر والعجز عن التكسب .

الفقر الموجب لاستحقاق النفقة :

إن الفقير الذى يستحق النفقة على غيره هو من ليس عند ما يكفى حاجته الأصلية كلها أو بعضها ، فإذ لم يكن عنده شىء قط فرضت له النفقة على حسب كفايته .

وإن كان عنده ما يكفى بعض حوائجه ، فرض له ما يكمل كفايته ، والمعتبر فى ذلك قيمة ما يملك لاريعة : فمن ملك دارا لا يكفيه ربعها ولو بيعت كفاه ثمنها فإنه لا تفرض له النفقة على غيره ، أما إذا كانت صغيرة لا تزيد على سكنه وكان يسكن فيها بالفعل، أو كان مايزيد على سكنه ضئيلا لا يمكنه بيعه فإن هذا لا يخرجه عن كونه فقيراً مستحقا للنفقة على غيره .

استحقاق صاحب المال الغائب للنفقة :

من كان عنده من المال ما يسد حوائجه الاصلية يعتبر غنيا ولا يستحق النفقة على غيره وتكون نفقته فى ماله سواء كان أصلا أو فرعا أو قريبا أو ذا رحم محرم وسواء كان ذكراً أو أو أنثى كبيراً أو صغيراً .

وإنما تجب نفقته فى ماله الحاضر الذى يمكنه التصرف منه ولو كان ماله غائباً مما يجعله غنياً به ، فإن من تجب نفقته عليه يؤمر بإجرائها عليه إلى أن يحضر ماله ويكون له حق الرجوع عليه بما أنفق : ومثل المال الغائب كل مال لا يمكن التصرف فيه كالمال المتنازع عليه ونحوه .

العجز عن التكسب :

يشترط لاستحقاق الفقير للنفقة على غيره أن يكون عاجزا عن التكسب لانه لو كان قادراً على التكسب اعتبر غنيا بهذه القدرة حيث يمكن أن يتكسب ما يفى بحاجته : وهذا الحكم على إطلاقه رأى لبعض فقهاء الحنفية : واستثنى بعضهم الآصول فيكفى لوجوب نفقة الاصل على فرعه أن يكون فقيرا حتى

ولو كان قادرا على الكسب ، سواء كان أباً أو جداً لان الولد إذا كان غنياً وترك أباه أو جده يكد ويتعب فى سبيل الكسب فإنه يكون قد ألحق بهما من الاذى أضعاف الحاصل من التأفف المنهى عنه فى قوله (ولا تقل لهما أف).

أما الام والجدة فإن الانوثة فيهما أمارة العجز عن الكسب .

وذهب بعض الاحناف إلى أنه إنما تجب نفقة الاصل الفقير القادر على الكسب على فروعه إذا كان الفرع موسراً . أما كان الفرع فقيراً كسوبا وله أب أو جد فقير قادر على الكسب لم تجب لاحدهما النفقة على الآخر . وهذا القول مبنى على عدم اشتراط يسار الفرع لوجوب نفقة الاصل عليه ، والاكتفاء بقدرته على الكسب ، والتحقيق أن اليسار شرط لوجوب نفقة الاصول على فروعهم على ما هو المعتمد فى المذهب .

كذلك استثنى بعض الاحناف من شرط العجز عن التكسب من كان من ذوى البيوت ممن يلحقهم العار بالعمل والتكسب ، فأوجبوا لهم النفقة إذا تحقق فقرهم ولو كانوا قادرين على التكسب . والظاهر أن العرف كان سند هذا الرأى . لكن المحققين من الاحناف ردوا هذا الرأى بأن كسب الإنسان مؤنته ومؤنة عياله فرض كفاية فكيف يكون عاراً ، وأن سادة العرب من كبار الصحابة كانوا لا يأنفون من الاشتغال بأى عمل شريف ، ولقد تغير العرف وأصبح يعير بالقعود عن العمل والاعتماد على دخله ا أو على غيره، وهذا الرأى هو الراجح .

أنواع العجز :

والعجز عن التكسب قد يكون حقيقيا أو حكمياً : فالعجز الحقيقى يكون بسبب الصغر أو بسبب المرض أو العاهات الجسمانية أو العقلية ، والعجز الحكمى يكون بسبب الانوثة أو الاشتغال بطلب العلم .

العجز عن الكسب بسبب الصغر أو العاهة :

قرر الفقهاء أن الصغار تجب نفقتهم على أصولهم أو محارمهم ماداموا

فقراء لأن الصغير يكون عاجزا عن الكسب حيث أن بنيته لا تقوى على العمل ، وليس لأحد أن يجبره على العمل والتكسب .

والمراد بالصغير فى باب النفقة من لم يبلغ حد التكسب ، ولم يبين الفقهاء السن التى يعتبر الصغير قد بلغ عندها حد التكسب ، فيترك أمر تقديرها للقاضى ، وقد نصت التشريعات العمالية بعدم جواز تشغيل الأحداث قبل سن الثانية عشرة فتعتبر هذه السن حد التكسب .

فإذا بلغ الصغير حد التكسب ، ولم يكن طالب علم ، فللأب أن يؤجره أو يحمله على تعلم حرفة وينفق عليه من كسبه .

ولا يجبر الأب على فرض نفقة له إذا كان ذكرا إلا أن تكون به علة جسمانية أو عقلية تمنعه من الكسب ، كأن يكون مريضاً بمرض مزمن يمنعه من الحركة مثل الشلل ، أو يكون أعمى أو أصم أو أبكم ولم يتعلم حرفة يتكسب منها ، فإذا تعلم حرفة فلا تفرض له النفقة .

العجز بسبب الأنوثة :

تعتبر الأنثى عاجزة عن الكسب ولو كانت كبيرة أو صحيحة البدن والعقل ، فلا تجبر على العمل والتكسب : فإذا كانت لها حرفة أو مهنة أو وظيفة تتكسب منها ما يسد حاجتها لم تجب نفقتها على أحد . وإن كان كسبها يقل عن كفايتها فرض لها من النفقة ما يكمل ذلك .

وقد قيل إنه ممنوع شرعا إجارتها للخدمة لما يترتب على ذلك من خلوتها بالأجنبى وهذا أمر محرم ـ وليس هناك ما يمنع الأب من تعليمها حرفة أو مهنة لا يترتب عليها هذا المحذور . وله فى هذه الحالة أن ينفق عليها من كسبها ، وتعتبر غنية بقدرتها على الكسب بالطريق المشروع .

والأنثى المتزوجة لا تجب نفقتها على أحد من أصولها أو فروعها أو محارمها ، لأن نفقتها واجبة على زوجها ولو كان معسراً ، إلا أنه فى حالة

إعساره يؤمر من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة بالإنفاق عليها على أن يكون ما ينفقه دينا على الزوج يرجع به عليه عند يساره . أما نفقة زوجة الإبن أو زوجة الأب فسيأتى بيانها فيما بعد :

العجز بسبب طلب العلم :

إذا كان طالب العلم صغيرا لم يبلغ حد التكسب أو كبيرا فقيرا صحيحا البدن فإن نفقته واجبة ، لأنه يعتبر عاجزا عن الكسب عجزا حكما ، ولأن اشتغاله بالعلم يتطلب التفرغ له .

وقد أفتى بعض المتأخرين بأن طالب العلم إذا كان قادرا على الكسب لا تجب النفقة له لفساد أكثرهم ، وقد رد على ذلك بأن فساد البعض لا يمنع الوجوب .

ويشترط لوجوب النفقة لطالب العلم الكبير الصحيح شرطان :

الأول : أن يكون العلم الذى يشتغل به من العلوم الشرعية . أى المشروعة التى ليست محرمة ولا مكروهة والتى لا غنى للمجتمع عنها أو ندب الشارع إلى تعلمها : فلو اشتغل بعلم السحر مثلا لم تجب له النفقة لأن تعلم السحر حرام .

الثانى : أن يسلك فى التعليم الطرق المحددة بالنظم واللوائح ، فلو كان فاشلا فى تعليمه أو كان يتعلم الفقه على أحد الشيوخ غير مقيد بأحد المعاهد ، لا يعتبر طالبا ولا تجب له النفقة .

وتجب النفقة لطالب العلم فى أى مرحلة من مراحل التعليم مادام من تجب عليه النفقة قادرا عليها سواء كان هو الأب أو غيره ، خصوصا بعد أن أصبح التعليم من الحاجيات الأساسية وبالمجان ومتاحا للجميع .

أما الدراسات العليا : التى تلى التعليم العالى ، فإنه لا تجب لطالب العلم فيها نفقة على غيره ، لأنها لا تتطلب التفرغ طول اليوم ، والاشتغال بوظيفته أو مهنته لا يمنع منها .

يسار من تجب له النفقه :

يشترط فيمن تجب عليه النفقة أن يكون موسرا . وقد اختلف فى حد

اليسار الذى تجب معه النفقة .

فقيل إن اليسار : هو أن يكون الإنسان مالكا لنصاب الزكاة فائضا عن حوائجه الأصلية . وقد حال عليه الحول .

وقيل إنه يكون بملكيته نصاب صدقة الفطر ، إذ لايشترط فيه حولان الحول ، وهما مرويان عن أبى يوسف .

ونقل عن محمد أن الشخص يعتبر موسرا إذا كان عنده مايزيد عن نفقة شهر له ولعياله سواء كان ذلك مساويا للنصاب أو أكثر أو أقل : أو إذا كان عنده مايزيد على نفقة يومه له ولعياله ، ووفق الكمال بين الروايتين بأن الأولى فى أهل الغلة . أى أرباب الدخول . والثانية خاصة بذوى الحرف الذين يكسبون يوما بيوم .

التفاوت فى اليسار :

إذا تعدد من تجب عليهم النفقة وكانوا متساويين فى وجوبها عليهم ومتفاوتين فى اليسار ، فهل تجب عليهم النفقة بالتساوى أو على حسب يسارهم ، كما إذا كان للفقير ولدان أو إخوان شقيقان : فى الظاهر للرواية أنه لاعبرة بالتفاوت فى اليسار . ونقل صاحب الذخيرة اعتبار التفاوت فيه : وحقق الحلوانى أن هذا الخلاف فيما إذا كان التفاوت يسيرا ، أما إذا كان التفاوت فيه فاحشا وجب أن يتفاوتوا فى قدر النفقة التى تجب على كل منهم ، وهو يتفق مع العدالة ، وبه أخذ القضاء .

استثناء الاب من شرط اليسار :

إن النفقة تجب على الأب لأولاده الصغار مطلقا والكبار العاجزين عن الكسب وإن كان معسرا ، ولا يسقط عنه نفقتهم إلا إذا كان فقيرا عاجزا عن الكسب ، فإنه يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الميت وتنتقل نفقتهم إلى من يليه فى وجوبها .

لكن إذا كان معسرا وقادرا على الكسب ولم يتيسر له ذلك يؤمر من يليه في وجوبها بالإنفاق على الأولاد ويكون ذلك دينا عليه يطالب به عند يساره . وهذا هو الصحيح ، خلافا لما نقله صاحب الذخيرة من اعتبار الأب المعسر فى حكم الميت سواء كان قادرا على الكسب أم عاجزا عنه .

سجن الأب :

إذا سجن الأب فهل يعتبر به عاجزا عن الكسب وينتقل فرض النفقة عنه إلى من يليه . أو لا يعتبر به عاجزا عن الكسب فيكون فى حكم من لا يتيسر له الكسب فتفرض عليه النفقة ويؤمر من يليه فى الوجوب بأدائها عنه على أن تكون دينا عليه يؤديه عنه عند يساره .

وقد فرق القضاء بين نوعيه : السجن المؤقت . والسجن المؤبد . وقضى بأن السجن المؤقت غير مفض إلى العجز عن الكسب قياسا على المرض الطارىء : أما بالنسبة إلى السجن المؤبد فقد اعتبره مؤديا إلى العجز عن الكسب لأنه لا يرجى زواله ولا يمكن احتماله كالشلل .

تقدير النفقة :

تقدر نفقة الأولاد والأقارب بحسب الحاجة من غير التفات إلى مقدار يسار من تجب عليه النفقة . وذلك بخلاف نفقة الزوجة فإنه يراعى فيها حال الزوج من اليسار أو الاعسار طبقا لما تقضى به الماده ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ .

نفقة زوجة الأب والابن :

روى عن أبى يوسف أن نفقة زوجة الأب الفقير تجب على ابنه مطلقا، أى سواء كان محتاجا إليها فى الخدمة أم لا . وذلك لأنه يكون محتاجا إليها لتحصين نفسه على كل حال ، وخرج على ذلك أن نفقة زوجة الابن الفقير تكون واجبة على أبيه أيضا .

والصحيح أن نفقة زوجة الإبن أو الأب لا تكون واجبة إلا إذا كان

محتاجا إليها فى الخدمة لمرضه أو شيخوخته ، لأن من كان بحاجة إلى من يخدمه تجب له أجرة خادم . فإن كانت الزوجة هى التى تقوم بخدمته وجبت نفقتها على من تجب عليه نفقته ، ولا فرق فى هذا بين الإبن والأب . وإنما قلنا إن الصحيح هو ذلك الرأى ، لأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها على أية حال أى سواء كان موسرا أم معسرا حتى ولو كان عاجزا عن الكسب ، إلا أنه إذا كان معسرا أنفقت على نفسها من مالها أو استدانت وكان ذلك دينا عليه ، فان كانت فقيرة أمر من كان تجب عليه نفقتها من أقاربها لو لم تكن متزوجة بالإنفاق عليها وكان ما ينفقه دينا على الزوج يؤديه عند يساره .

هذا إذا كانت زوجة الأب غير أم الولد . أما إذا كانت أمه فاما أن تكون موسرة أو معسرة فإن كانت موسرة فحكمها حكم زوجة الأب الاجنبية عنه ، أى أنه لاتجب عليه نفقتها إلا إذا كان أبو المعسر محتاجا إليها لمرض أو كبر . أما لو لم يكن محتاجا إليها فإنه يؤمر بأداء النفقة نيابة عن الاب لتكون دينا عليه يؤديه عند يساره . أما لو كان كل من الاب والام معسرا فانه تجب عليه نفقة أمه كما تجب عليه نفقة أبيه سواء كان أبوه محتاجا إليها أم لا ، ولا يكون ما يؤديه لأمه دينا على أبيه . لأن النفقة هنا وجبت لها عليه ابتداء ، طبقاً للمقـــرر من أنه لايشارك الولد فى نفقة أبويه أحد .

وقت وجوب نفقة الاصول والفروع :

إن نفقة الاصول والفروع واجبة ديانة من وقت الحاجة إليها ، حتى لو كان تحت يدهم مال مملوك لمن تجب عليهم نفقتهم من جنس النفقة جازلهم أن يأخذوا ما يسدون به حاجتهم لقوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان (خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف[١])

وقوله عليه السلام للذى اشتكى أباه أنه يسرق ماله (اذهب أنت ومالك لابيك) فدل ذلك على ثبوت هذا الحق للولد والوالد .

وأن للأب أن يبيع مال ابنه الغائب إن كان منقولا . دون العقار . للإنفاق منه على نفسه على الصحيح من المذهب خلافا للصاحبين .

ولأن نفقة الأصول والفروع واجبة ديانة من وقت الحاجة جاز أن يقضى لهم بها على الغائب ، مع أن القضاء على الغائب غير جائز فى المذهب . لأن القضاء هنا من باب الوصول إلى الحق الثابت قبله . ولكن لا يقضى لهم بها عليه إلا إذا كان له مال من جنس النفقة (دين أو وديعة) مقربه ، وأن يكون الغائب مقراً بالنسب . وإلا فلا فيجوز القضاء عليهم بها .

وقت وجوب نفقة الأقارب :

أما نفقة الأقارب . غير الأصول والفروع ـ فإنه لا يجوز لهم أن يأخذوا ما يحتاجون إليه من مال قريبهم من غير رضاه ، ولا يجوز أن يقضى بها على الغائب ، لأن قضاء القاضى هو المثبت لها ابتداء ، وذلك لوقوع الخلاف بين الفقهاء فيها ، ولا يرفع الخلاف إلا حكم القضاء .

ولا خلاف فى الوجوب بحكم القضاء بين نفقة الولاد والأقارب ، حيث لا تجب النفقة إلا من وقت الحكم بها أو التراضى عليها ، ولا تجب عن مدة ماضية لأنها لدفع الحاجة وبمضى المدة تكون الحاجة قد اندفعت بأى وجه ، حتى إن الأم لو قامت بالإنفاق على أولادها الفقراء من غير أن يفرض لهم القاضى النفقة ، لا ترجع بها الأب .

سقوط نفقة الأولاد والأقارب :

المنصوص عليه أن نفقة الزوجة دين ، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

أما نفقة الأولاد والأقارب ، فإنها تسقط بمضى المدة ، وبموت من

من وجبت له ، ويموت من وجبت عليه ، وسواء فى ذلك المقضى بها أو المتراضى عليها . لأن هذه النفقة إنما تجب عند الحاجة ، وبمضى المدة يحصل الاستغناء عنها فلا تكون واجبة .

والمدة التى تسقط هذه النفقة بمضيها هى شهر فأكثر ، إلا إذا أذن القاضى باستدانتها ثم استدينت بالفعل ، فإنه فى هذه الحالة تعتبر دينا ولا يؤثر مضى المدة فى سقوطها .

غير أنه إذا مضى على استحقاقها على هذا النحو مدة خمسة عشر عاماً ولم يطالب بها المستحق ولم يكن له عذر فى عدم المطالبة فإن دعواه لاتكون مسموعة طبقاً لنص المادة رقم ٣٧٥ من اللائحة .

وإذا كان المستحق لها قد استدانها بالفعل من غير أن يكون مأموراً بذلك من القاضى أو ممن وجبت عليه ، أو كان مأذوناً بالاستدانة لكنه لم يستدنها بالفعل ، فإنها تسقط أيضاً .

استثناء نفقة الصغير من السقوط :

لقد استثنى بعض الفقهاء نفقة الصغير المحكوم بها أو المتراضى عليها من السقوط بمضى المدة ، لأنها تعتبر دينا ولو لم يؤذن فيها بالاستدانه أو لم تستدن بالفعل . وذلك رعاية لحال الصغير والرفق به . وخالف فى ذلك بعض المتأخرين .

وقد اختلفت الأحكام فى هذه المسألة : فذهب الأقل إلى سقوط نفقة الصغير بمضى المدة مالم تكن مستدانة بأمر القاضى أو بإذن من وجبت عليه .

وذهبت الغالبية من الأحكام إلى استثناء نفقة الصغير وعدم سقوط غير المستدانة منها بأمر القاضى أو بإذن من وجبت عليه بمضى المدة وإلحاقها بنفقة الزوجة المحكوم بها أو المتراضى عليها ، أخذا بما ذهب إليه الزيلعى وصاحب البحر والنهر وفتاوى المتأخرين .

وذهب بعض الأحكام إلى رأى ثالث وهو عدم سقوطها بمضى المدة إذا كانت واجبة على الأب . وأنها تسقط فى حالة وجوبها على غيره ، حتى ولو كان غير الاب قد نزل منزلة الاب ، كالجد لاب .

ويترجح مايراه الزيلعى وأقرته غالبية الاحكام بما يأتى :

أولا : أن نفقة الصغير تتفق مع نفقة الزوجة من عدة وجوه ، فالرجل المعسر تجب عليه نفقة غيرهما . وأن نفقة الزوجة تجب على زوجها بحسب حاله من اليسار والاعسار ، ونفقة الصغار تجب على أبيهم بحسب حاله أيضاً ، وأن الرجل تجب عليه نفقة زوجته وأولاده الصغار ولا يشاركه فيها أحد مادام قادرا على الكسب .

وحيث إنها مشابهة لها ، فإن المناسب إلحاقها بها فى عدم سقوط المقضى بها بمضى شهر أو أكثر .

ثانيا : أن نفقة الصغير تجب على الاب بمقتضى عقد الزواج كنفقة الزوجة ، أما نفقة الاقارب فإنها لزمت بإلزام الشارع ، فكان من المناسب أن يفترقا فى الحكم من حيث السقوط بمضى المدة .

ثالثاً : أن هذا الحكم فيه رفق بحال النساء وحال الصغار معاً ، لان المحكوم عليه بنفقة الصغير لو علم بسقوطها بمضى شهر أو أكثر دون قبضها فإنه يماطل فى الدفع ، وقد لايكون عند الام مال تنفق منه عليه ولا تجد من يقرضها فيتعرض الصغير للهلاك .

سقوطها بموت من وجبت عليه :

وتسقط النفقة أيضاً بموت من وجبت عليه ، لأن هذه النفقة صلة ، والصلات تسقط بالموت ، لكن إذا مات من وجبت عليه ، وكان من وجبت له قد أذن باستداناتها واستدانتها بالفعل فإنها لاتسقط ، لانها صارت دينا على من وجبت عليه كسائر الديون فتؤخذ من التركة . وهذا

مانقل عن محمد فى الاصل . ونقل عن الخصاف سقوطها بموت من وجبت عليه ولو كانت مستدانة باذن القاضى أو بأمر من وجبت عليه . وصح كل من الرأيين فى المذهب . ولكن مانقل عن محمد هو الراجح .

سقوطها بموت من وجبت له :

إن موت من وجبت له النفقة مثل موت من وجبت عليه ، فتسقط النفقة مالم تكن مستدانة باذن من القاضى أو بأمر من وجبت عليه . لانه لافرق بين موت أحدهما وموت الآخر ، لانها من قبيل الصلة ، والصلة تبطل بالموت قبل القبض .

سقوط نفقة الصغير بالموت :

لم يرد فى المذهب نص صريح يعتبر استثناء نفقة الصغير من الحكم العام المقرر فى نفقات الأقارب ، وهو سقوط مالم يقبض منها بموت من وجبت عليه أو بموت وجبت له ، وكان ذلك سبباً فى اختلاف الاحكام فى هذا الشأن .

فقد حكم بعدم السقوط كثير من الاحكام وأفتت بذلك دار الإفتاء ، لان الام أو الحاضنة إذا طالبت بنفقة الصغير وقضى بها ثم أنفقت من مالها يكون ما أنفقته ديناً لها على الصغير ، وهذا يقضى عدم سقوطها بموت من وجبت له ولا بموت من وجبت عليه ، لانها ليست حقاً للصغير ، بل هو حق للمنفقة ، وموت غير المستحق لاتأثير به فى سقوط الحق ، ولأنها أصبحت بذلك دين عادى ، وليس دين نفقة ، والديون العادية لاتسقط بموت المدين ، وقد نص فى الدر أن نفقة الصغير تعتبر ديناً بالقضاء .

كما رفضت هذا الرأى كثير من الاحكام ، مستندة فى ذلك إلى أن نصوص المذهب مجمعة على سقوط نفقة الاقارب بموت من وجبت له أو بموت من

وجبت عليه ، ولم يوجد نص يعتبر استثناء نفقة الصغير من ذلك ، كما وجد بالنسبة لعدم سقوطها بمضى المدة ، وبما ورد فى المادة رقم ٤٠٧ من الاحكام الشرعية لقدرى باشا (ولو فرض القاضى النفقة للصغير على أبيه ومضت مدة ولم تقبضها الأم حتى مات الأب ، فإن كانت النفقة مستدانة بأمر القاضى يكون للأم الرجوع بها فى تركته ، كما ترجع بها لو كان حيا . ولو لم تكن مستنداته بأمر القاضى حتى مات سقطت النفقة بالاتفاق ، وقد رد على ذلك بأن النصوص الواردة فى المذهب لم تجمع على التنصيص على سقوط نفقة الصغير بموته أو بموت من وجبت عليه ، وإنما أطلقت القاعدة فى نفقات الأقارب . واستثناء نفقة الصغير منها يستدل عليه من النص الوارد بعدم سقوط نفقته بمضى المدة ، وأن ما تنفقه الحاضنة يكون ديناً لها لا للصغير ، وأما ما ورد فى المادة ٤٠٧ من قدرى باشا ، قد أخذه من إطلاق النصوص ولم يتفق عليه ، فيكون رأياً له . وأن ما جرى عليه كثير من الأحكام من عدم سقوط نفقة الصغير غير المستدانة بالإذن بموت من وجبت عليه هو ما ينبغى ترجيحه والأخذ به .

المذاهب فى نفقات الأقارب :

ذهبت المالكية إلى عدم وجوبها إلا للولد المباشر والوالدين المباشرين (للابن حتى يبلغ وللبنت حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ، ووجوبهما لهما إنما هو على الاب لا الأم) والدليل على وجوبها فى جانب الأولاد قوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقول الرسول عليه السلام لهند امرأة سفيان (خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف) وفى جانب الوالدين قوله تعالى (واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا) وقوله (وصاحبهما فى الدنيا معروفا) ولم يقم عندهم دليل على وجوبها لغير هؤلاء .

وذهب الشافعى إلى وجوبها للمولودين وإن نزلوا وللأب والأم وللأجداد والجدات وإن علون ، وإن كانوا ممن لا يرثون . واستند فى ذلك إلى ما استند إليه مالك ، إلا أنه يرى أن ولد الولد فى حكم الولد وأن الجدة وإن علت فى حكم الأم ، وأن الجد وإن علا فى حكم الاب وذلك فى أحكام كثيرة كالعتق والميراث وغيرهما ، فيقاس عليها النفقة . فسبب وجوب النفقة عند مالك والشافعى هو الجزئية .

وذهب الحنابلة : إلى أنها تجب للأصول والفروع وغيرهم من الاقارب الوارثين ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) .

وذهب الحنفية إلى وجوبها للأصول والفروع وغيرهم بشترط أهلية الاستحقاق للإرث وأن يكون القريب ذا رحم محرم منه لقراءة ابن مسعود (وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك) .

نفقة الفروع :

المراد بالفروع ، هو الابن وإن نزل - فإذا كان الاب موجوداً وقادراً على الكسب كانت نفقة أولاده عليه وحده لا يشاركه فيها أحد ، لأنهم جزء منه فالانفاق عليهم كالانفاق على نفسه .

وإذا كان الاب غير موجود أو كان فقيراً عاجزاً على الكسب لمرض أو كبر سن أو غير ذلك ، كانت نفقة الاولاد على من يوجد من الأصول ذكراً كان أو أنثى . فإن لم يوجد إلا واحد كالام أو الجد ، كانت النفقة واجبة عليه وحده متى توافرت شروط وجوب النفقة التى سبق بيانها .

وإن كان الموجود غير واحد ، فإن كانوا جميعا وارثين وجبت عليهم النفقة بنسبة ما يستحقون من الميراث من غير نظر إلى مساواتهم أو اختلافهم فى درجة القرابة للولد . فإذا كان له أم وجد صحيح كان على الام ثلث النفقة وعلى الجد الثلثان كنصيب كل منهما فى الميراث . ولو كان له جد وجدة

فعلى الجدة سدس النفقة وعلى الجد الباقى كنصيبهما فى الميراث . ولو كان له أم أم وأم أب وجد فعلى الجدتين السدس مناصفة وعلى الجد الباقى .

وإذا كانوا جميعا غير وارثين فالنفقة على أقربهم درجة . فإن اتحدت قرابتهم من المستحق للنفقة كانت النفقة واجبة عليهم بالسوية — فإذا كان للولد أبو أم ، وأم أبى أم فالنفقة على أبى الأم وحده لأنه أقرب درجة من أم أبى الأم .

وإذا كان له أبو أبى أم ، وأم أبى أم وجبت النفقة عليهما مناصفة لتساويهما فى درجة القرابة .

وإن كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث كانت النفقة واجبة على الأقرب درجة وإن لم يكن وارثا . فإن كان له أبو أم ، وأبو أبى أب ، كانت النفقة على أبى الأم ، لقرب درجته وإن كان لا يأخذ شيئا فى الميراث . دون أبى أبى الأب .

وكذلك لو كان له أم أب ، وأبو أبى الأم ، فإن النفقة تجب على أم الاب لقربها وإن كانوا متساوين فى درجة القرابة وجبت على الوارث منهم دون غيره على ما استظهره ابن عابدين . فإذا كان له أبو أب ، وأبو أم كانت النفقة على أبى الاب لانه هو الوارث . دون أبى الأم لأنه من ذوى الارحام .

وبناء على ما قرره فقهاء الحنفية لو كان لمستحق النفقة أبو أبى أب ، وأم أم كانت النفقة عليهما بحسب ميراثهما لان كلا منهما وارث . وإذا كان له أبو أبى الاب ، وأبو أم كانت النفقة على أبى الام وحده وهو غير وارث، ولا شيء على أبى أبى الاب وهو الوارث وحده : ومن هذا يتبين أن القريب الوارث يعاون الأقرب الوارث ، ولا يعاون الاقرب غير الوارث فأبو أبى الاب إذا كانت معه أم أم عاونها مع أنها وارثة . وإذا كان أبو أبى الاب ، مع أبو الام لم يعاونه مع أنه غير وارث . وهو حكم غير معقول .

والذى أوقع فقهاء الحنفية فى هذا الاضطراب أنهم لم يسيروا على وتيرة واحدة فى الترجيح ، فتارة يعتبرون الإرث وتارة يعتبرون قرب الدرجة .

نفقة الأصول على الفروع :

إذا كان للأصل ولد واحد وجبت نفقته عليه متى تحققت شروط وجوبها .

وإن تعددت الفروع واتحدت درجة قرابتهم ، وجبت عليهم نفقة الأصل بالتساوى بينهم سواء كانوا وارثين أم كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث وسواء تساووا فى الغنى أو تفاوتوا . وقيل لو كان التفاوت فاحشا تقدر النفقة بحسب اليسار .

فإذا كان للأصل ابن وبنت موسران وجبت عليهما النفقة بالتساوى ولو كان لمستحق النفقة إبنان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم كانت النفقة عليهما بالتساوى وإن كان الإبن غير المسلم لا يرث . ولو كان له ابن ابن وبنت بنت ، كانت النفقة عليهما بالتساوى وإن كانت بنت البنت لا ترث مع ابن الإبن لأنها من ذوى الأرحام .

وإن تعددت الفروع واختلفت درجة قرابتهم ، كانت نفقة الاصل على الاقرب درجة ، سواء كان الاقرب وارثا أو غير وارث ، وسواء كان ذكرا أم أنثى ، وسواء كان متحدا معه فى الدين أو مخالفا له . لان سبب وجوب النفقة هو الجزئية ، ومتى وجد السبب ترتب الحكم عليه .

فإذا كان المستحق النفقة بنت وابن ابن كانت النفقة على البنت وحدها لقربها فى الدرجة وإن كان ابن الإبن يأخذ مثلها فى الميراث وإذا كان له ابن غير مسلم وابن ابن مسلم كانت النفقة على الإبن غير المسلم وحده لقربه فى الدرجة وإن كان ابن الإبن هو الذى يرث : وإذا كان له بنت بنت وبنت ابن وإن كانت النفقة على بنت البنت لقربها فى الدرجة وإن كانت بنت ابن الإبن هى التى تأخذ الميراث وحدها .

ومما تقدم يتبين أن الحنفية قد اعتبروا درجة القرابة فى حالة تعدد الفروع ، ولم ينظروا إلى الميراث أصلا . وفى حالة تعدد الأصول اعتبروا الإرث أحياناً وأهملوه أحياناً أخرى . وكان المعقول أن يسيروا على وتيرة واحدة فى الحالتين . لأن العلة فى وجوب النفقة فى الحالتين واحدة وهى الجزئية فلا يكون هناك وجه للتفرقة بينهما . وعذر الحنفية فى هذا اختلاف المسائل الفقهية المأثورة عن المشايخ فى هذا الموضوع اختلافا ألجأهم إلى اعتبار الإرث حينا وقرب الدرجة حينا آخر فى حالة تعدد الأصول . وإلى اعتبار درجة القرابة فقط فى حالة تعدد الفروع .

نفقة الحواشى :

- إذا كان القريب من المحارم وجبت له النفقة على قريبه عند الحنفية كالأخ وابن الأخ ، والعم والعمة ، والخال والخالة ، أما إذا كان القريب من غير المحارم فلا تجب له النفقة على قريبه كابن العم وابن الخال وابن الخالة

ويشترط فى ذلك أن يكون القريب فقيراً عاجزاً عن الكسب لصغر أو أنوثة أو مرض يقعده عن العمل . فلو كان قادراً على الكسب لا تجب له النفقة على قريبه ولو لم يكن له مال . وأن يكون متحداً فى الدين مع قريبه الذى تجب عليه النفقة ، لأن وجوب النفقة للأقارب من غير الأصول والفروع مبنى على استحقاق الإرث فى الجملة ، وهذا لا يتحقق مع اختلاف الدين ، وأن يكون من تجب عليه النفقة موسراً .

فإذا تحققت هذه الشروط وكان للصغير المستحق للنفقة قريب واحد وارث وجبت عليه النفقة ، وإن كان له أكثر من قريب واحد وجبت عليهم النفقة باعتبار الإرث . فإن كانوا جميعا وارثين وجبت عليهم النفقة بنسبة ميراث كل واحد منهم . وإن كان بعضهم وارثاً والبعض الآخر غير وارث وجبت النفقة كلها على الوارث ولا شىء على غير الوارث .

والعبرة فى وجوب النفقة على القريب عند الحنفية أن يكون أهلا للإرث فى الجملة وإن لم يكن وارثاً بالفعل ، وذلك كالخال ، فإنه أهل للإرث فى الجملة لأنه من ذوى الأرحام وهم لا يرثون مع وجود أحد من العصبة أو أصحاب الفروض الذين يرد عليهم .

فإذا كان لمستحق النفقة أخ شقيق وأخ لأب وجبت النفقة على أخيه الشقيق دون الأخ لأب لأن الاخ الشقيق هو الذى يستحق الميراث : وإذا كان له خال وعم وجبت النفقة على العم لأنه هو الوارث ، ولا شىء على الخال لأنه من ذوى الارحام ولا يرث ، وإذا كان له خال وابن عم وجبت نفقته على الخال فقط ، وإن كان غير وارث مع ابن العم . لأنه أهل لاستحقاق الإرث فى الجملة وهذه الأهلية هى العبرة هنا لا حقيقة الإرث ، أما ابن العم فلا تجب عليه النفقة أصلا وإن كان هو الوارث ، لأنه ليس بمحرم ، والمحرمية شرط لوجوب النفقة عند الحنفية .

وإذا كان له أخ شقيق وأخ لاب وأخ لام . فإن نفقته تجب على الاخ الشقيق والاخ لام بنسبة ميراثهما ، فيكون على الاخ لام السدس وعلى الاخ الشقيق الباقى ولا شىء على الاخ لاب لأنه لا يرث مع الاخ الشقيق . وإذا كان له ثلاث أخوات . إحداهن شقيقة والثانية لابيه والثالثة لامه فعلى الاخت الشقيقة ثلاثة أخماس وعلى الاخت لاب الخمس وعلى الاخت لام الخمس وذلك على حسب نصيب كل منهن فى الميراث .

تعدد الاقارب :

وإذا كان لمستحق النفقة أقارب من أصناف مختلفة ، فهذا له أربع حالات :

الحالة الأولى — أن يكون له أصول وفروع .

الحالة الثانية — أن يكون له أصول وحواشى .

الحالة الثالثة — أن يكون له فروع وحواشى .

الحالة الرابعة — أن يكون له أصول وفروع وحواشى .

وسنبين الحكم فى كل حالة منها :

الحالة الأولى : أن يكون لمستحق النفقة أصول وفروع وتحققت فيهم شروط وجوب النفقة ، فاذا تساووا فى درجة القرابة وجبت النفقة بنسبة ميراثهم إلا إذا كان فيهم ابن أو بنت فان النفقة تجب على الابن أو البنت ، فإذا كان لمستحق النفقة أب وابن أو أم وابن كانت النفقة على الإبن دون الأب أو الأم ، وإذا كان له أبو أب وابن ابن كانت النفقة عليها بنسبة ميراثهما لاتحادهما فى الدرجة ، فعلى الجد السدس وعلى ابن الإبن خمسة أسداسها .

وإذا كان له أبو أب وبنت بنت كانت النفقة على الجد ولا شىء على بنت البنت لأن الجد هو الوارث ، وبنت البنت من ذوى الأرحام لا ترث مع الجد .

وإذا اختلفوا فى درجة القرابة وجبت النفقة على أقربهم درجة سواء كانوا وارثين أم غير وارثين. فإذا كان لمستحق النفقة أب وابن ابن وجبت النفقة على الأب لكونه أقرب درجة وإن كان نصيبه من الميراث أقل من نصيب ابن الابن .

وإذا كان له أم وابن ابن وجبت النفقة كلها على الأم لأنها أقرب درجة من ابن الابن.

ولو كان له أبو أم وابن ابن ابن فنفقته على الجد وإن كان غير وارث لأنه أقرب درجة من ابن ابن الابن .

ويلاحظ على هذه الأحكام أن الحنفية لم يعتبروا الإرث عند اختلاف

الفروع والأصول فى درجة القرابة . بل جعلوا النفقة على الأقرب ، وهذا يؤدى إلى وجوب النفقة على غير الوارث ، كما إذا كان لمستحق النفقة أبو أم وابن ابن ابن فإن النفقة تجب على أبى الأم ، وهو غير وارث .

وأن بعض مسائل هذه القاعدة يتعارض مع بعض مسائل قاعدة الأصول فقط ، كما إذا كان لمستحق النفقة أم وأبو أب وابن ابن فإن مقتضى قاعدة اجتماع الأصول والفروع أن تكون النفقة على الأم وحدها لأنها أقرب درجة من الجد وابن الابن ، مع أنه قد تقدم فى قاعدة تعدد الأصول أنه إذا كان مع الأم جد لأب كانت النفقة عليهما بنسبة ميراثهما ، ومن هذا نرى أن الأم إذا اجتمع معها الجد وحده يعاونها بثلثى النفقة ، أما إذا وجد معها الجد وابن الابن لم يعاونها واحد منهما ، وهذا منطق غريب منشؤه عدم سيرهم على طريقة واحدة لأنهم عند عدم وجود ابن الابن قالوا إن المعتبر هو الإرث : وعند وجوده قالوا المعتبر هو قرب الدرجة .

الحالة الثانية : أن يكون لمستحق النفقة أصول وحواشى : كما إذا كان له أم وأخ شقيق أو لأب وتحققت فيهم شروط وجوب النفقة فالحكم فى هذه الحالة أنه إذا كان كل من الصنفين وارثاً وجبت عليهم النفقة جميعاً بنسبة الميراث ، وإن كان أحد الصنفين وارثاً والآخر غير وارث فالنفقة على الأصول وحدهم ولو كانوا غير وارثين بل وإن كان الحواشى أقرب درجة من الأصول لترجيح الجزئية على غيرها .

فإذا كان لمستحق النفقة أم وأخ شقيق فإن النفقة تجب عليهما لأن كلا منهما وارث ، فعلى الأم الثلث وعلى الأخ الشقيق الثلثان : ولو كان له أم وعم شقيق فعلى الأم الثلث وعلى العم الشقيق الثلثان على حسب ميراثهما ، ولو كان له جدة لأم أو جدة لأب وأخ شقيق أو عم فالنفقة على الجد

وحده ، لأن أحد الصنفين وارث وهو الأخ الشقيق أو العم والصنف الآخر غير وارث وهو الجد لأم فتجب النفقة عليه وحده للجزئية .

ولو كان له أم وأخ شقيق وعم فالنفقة على الأم والأخ الشقيق بنسبة ميراث كل منهما ، على الأم الثلث وعلى الأخ الشقيق الثلثان ولا شيء على العم لانه غير وارث لوجود الاخ الشقيق .

وإذا كان له جد لاب وأخ شقيق فالنفقة على الجد وحده عند أبى حنيفة لأن الأخ لا يرث مع الجد عند أبى حنيفة ، وعلى رأى للصاحبين تجب النفقة على الجد والأخ الشقيق على حسب ميراث كل منهما ، وهو الموافق لقانون المواريث .

وإذا كان له جد لأب وأم وأخ شقيق كانت النفقة على الجد وحده عند أبى حنيفة ، وإنما وجبت النفقة كلها على الجد وحده ، ولم تجب عليه وعلى الأم بنسبة ميرانهما كما هى القاعدة المتقدمة ، من أنه إذا اجتمع الأصول والحواشى وكان أحدهما وارثاً والآخر غير وارث تسقط الحواشى وتجب على الأصول كما لو كانوا وحدهم — لأن الجد فى هذه الصورة ينزل منزلة الأب عند أبى حنيفة ولذلك حجب الأخ الشقيق ، فيعامل معاملة الأب ، والأب لو كان موجوداً لا يشاركه أحد فى نفقة ولده فكذلك من كان بمنزلته .

والحكم فى هذه المسألة طبقاً لما كان عليه العمل قبل صدور قانون المواريث حيث كان الجد يحجب الأخوة عند أبى حنيفة ، أما بعد صدور هذا القانون فإن الجد لا يحجب الأخوة كرأى الصاحبين . وعلى ذلك تكون النفقة على الجد والأم والأخ الشقيق إثلاثاً تطبيقاً للقاعدة المتقدمة فى اجتماع الأصول والحواشى إذا كانوا وارثين جميعاً .

ويلاحظ على هذه الأحكام اعتبار الإرث عندما يكون كل واحد من الصنفين وارثاً ، واعتبار الجزئية وإلغاء النظر إلى الإرث عندما يكون أحد الصنفين وارثاً والآخر غير وارث،وهذا يؤدى إلى نتائج غير معقولة، ويتبين ذلك فى المسألتين الآتيتين :

المسألة الأولى : إذا كان لمستحق النفقة أم وعم فإن النفقة تجب على كل منهما حسب ميراثه .

المسألة الثانية : إذا كان لمستحق النفقة جد لأم وعم فإن النفقة تجب على الجد وحده ولا يشاركه العم فى شىء مع أن العم هو الذى ينفرد بالميراث ، فالحواشى يعاونون الأصول إذا اشتركوا معهم فى الميراث ، ولا يعاونونهم إذا انفردوا بالميراث وهو منطق يدعو للغرابة ، ومنشؤه عدم السير على طريقة واحدة .

الحالة الثالثة : أن يكون لمستحق النفقة فروع وحواشى وتحققت فيهم شروط وجوب النفقة فإنها تجب كلها على الفروع ولا شىء على الحواشى ولو كانوا وارثين ، وذلك لترجيح قرابة الجزئية على غيرها .

فإذا كان لمستحق النفقة بنت وأخت شقيقة فالنفقة كلها على البنت ولا شىء على الأخت الشقيقة وإن كانت تأخذ نصف التركة .

وإذا كانت له بنت بنت وأخ شقيق فالنفقة كلها على بنت البنت ولا شىء على الأخ الشقيق مع أنه هو الذى يأخذ الميراث كله .

الحالة الرابعة : أن يكون لمستحق النفقة أصول وفروع وحواشى . وتحققت فيهم شروط وجوب النفقة فالحكم فى هذه الحالة أن الحواشى يسقطون بالفروع وتكون النفقة على الأصول والفروع على النحو الذى سبق ، وذلك لقوة قرابة الجزئية على غيرها فيقدمون فى وجوب النفقة على

غيرهم من الأقارب . وهذا إذا كان الأقارب من الأصول والفروع والحواشى موسرين جميعا ، أما إذا كان لمستحق النفقة أقارب بعضهم معسر لا تجب عليه النفقة وبعضهم موسر تجب عليه النفقة ، فإن كان المعسر يحوز كل الميراث فإنه يفرض معدوماً ليتأتى اعتبار الآخرين وارثين وتفرض النفقة عليهم بحسب أنصبائهم فى الميراث .

وإن كان لا يحوز كل الميراث فإنه لا يعتبر معدوما بل تقسم النفقة عليه وعلى الموسرين بنسبة سهامهم ، ثم يوزع ما يخص المعسر على الموسرين بنسبة سهامهم .

فإذا كان لمستحق النفقة ابن معسر لا يقدر على الكسب وأخ شقيق وأخ لأم موسران اعتبر الابن ميتا لأنه يحوز كل الميراث ، وتجب النفقة على الأخ الشقيق والأخ لأم بمقدار نصيب كل منهما فى الميراث . ويكون على الأخ لأم السدس وعلى الأخ الشقيق الباقى .

وإذا كان له أخ شقيق معسر وأخ وأخت من الأب موسران اعتبر الأخ الشقيق ميتا لأنه يحوز كل الميراث ، وتجب النفقة على الأخ والأخت من الأب حسب نصيب كل منهما فى الميراث ويكون على الأخ الثلثان وعلى الأخت الثلث .

وإذا كان له بنت معسرة وأخ شقيق وأخ لأم موسران فلا تعتبر البنت ميتة لأنها لا تحوز كل التركة ، بل تنظر إلى نصيب كل من الأخوين مع وجودها . فنجد أن البنت تأخذ النصف والأخ الشقيق يأخذ النصف الآخر ولا شيء للأخ لأم .

وعلى هذا تكون النفقة على البنت والأخ الشقيق مناصفة ، ثم يلزم الأخ الشقيق بكل النفقة لإعسار البنت .

ولو كان له أم وأخت شقيقة موسرتان وأخت لأب وأخت لأم معسرتان

فلا تعتبر كل من الأخت لأب والأخت لأم ميتة لأنه لا تحوز واحدة منهما كل التركة ، فتقسم النفقة عليهما وعلى الأم والأخت الشقيقة ، ثم يوزع ما يخصهما على الأم والأخت الشقيقة بنسبة سهامها ، فيكون على الأم السدس وعلى الأخت الشقيقة النصف وعلى الأخت لأم السدس وعلى الاخت لاب السدس ولإعسار الأخت لأب والأخت لأم يسقط ما يخصهما ويوزع على الأم والأخت الشقيقة بحسب سهامهما فيكون على الأم ربع النفقة وعلى الأخت الشقيقة ثلاثة أرباعها .

ولو كان لمستحق النفقة أم معسرة وأم أم وعم موسران فلا تفرض الأم ميتة لأنها لا تحوز كل التركة بل تعتبر موجودة وباعتبارها موجودة تحجب الجدة من الميراث فلا يكون لها سهم فى النفقة وتكون النفقة كلها على العم لإعسار الأم .

الباب الخامس

فى الولاية على النفس والمال

المقدمـــة :

تضمن التشريع السماوى إبراز حقوق اليتامى ومن فى حكمهم بما لايدع مجالا للشك والتأويل وتضمن فوق هذا ، بيان مهمة الأولياء والقائمين عليهم، والمتصرفين فى إدارة أموالهم ، ومدى سلطتهم وواجباتهم ، فأوجب عليهم اختيارهم قبل دفع الأموال إليهم للاطمئنان عليهم والمحافظة على أموالهم . ونهاهم عن أكل هذه الأموال وإتلافها ، وحذرهم من ذلك ، وتوعدهم بالنار والسعير فى الآخرة إن هم خالفوا أمره وعصوا شرعه .

ويظهر ذلك كله جليا فى قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وأرزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا . وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوا إسرافا وبدارا أن يكبروا ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهم أموالهم فاشهدوا عليهم وكفى بالله حسيبا . . . وليخشى الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا ، إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً) فهذا النهج القرآنى الكريم ، قد ظهر لنا فيه من المبادىء السامية ، والأحكام الواضحة ، والقواعد الكلية المقررة ، ما كشف الطريق ، وأوضح المعالم ، وإن كان قد ترك تفصيل الأحكام لبيان الرسول الكريم ولاستنباط فقهاء الشريعة من بعده .

الشريعة الإسلامية :

كانت الشريعة الإسلامية ولا تزال خير مورد ، ينهل منه كل مشرع ، ويغترف منه كل باحث ، يقصده المقننون فيجدون فيه مطلبهم وغايتهم ، فهى شريعة البقاء ، تصلح لكل زمان ومكان ، وتناسب كل عصر ، وتساير كل جديد ومستحدث ، فيها خير الدنيا والآخرة .

تضمنت بيان أحكام الإنسان وهو جنين فى بطن أمه وبعد ولادته إلى وفاته . وما يعتريه من العوارض ، كالصغر ، والجنون ، والعته ، والسفه والغفله ، والدين .

وأحكام استحقاق الحمل المستكن للإرث والوصية والهبة ، ثم إثبات نسبه ونفيه ، وإرضاعه ونفقته ، والولاية على نفسه وماله .

المحاكم الشرعية :

وكانت المحاكم الشرعية هى المختصة بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية التى تشمل فيما تشمله مسائل الأهلية وعوارضها ، والحجر وأسبابه والولاية والوصاية والوقامة ، ومايتصل بذلك كله ، وكانت تفصل فى المنازعات المتعلقة بها ، وتطبق عليها أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة طبقاً للمادة ٢٨٠ .

ثم رؤى أن فى الاقتصار على القضاء بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة مشقة ، وأن كثيرا من الحوادث تدعوا المصلحة إلى أن يكون الحكم فيها بالمرجوح من هذا المذهب ، أو بأحكام المذاهب الأخرى وغيرها ، دفعا للمشقة ، ورفعاً للحرج عن المتقاضين .

وبناء على ذلك صدرت عدة قوانين متعلقة بأحكام النفقة والعدة ، والتفريق للعيب والضرر ، وطلاق السكران والمكره ، والنسب والمهر والحضانة . والولاية على النفس والمال . وكلها مستمدة من أحكام الشريعة الغراء من غير تقيد بمذهب معين .

المجالس الحسبيـة :

وفى ١٣ أكتوبر سنة١٩٢٥ صدر قانون بتنظيم المجالس الحسبية وتحديد اختصاصاتها بنظر المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها ، وقد روعى فى تكوينها على نحو يجعلها قريبة من مجالس العائلة ، نظرا لما رآه الشارع فى تلك المسائل من صيغة خاصة يقتضى نظرها أمام تلك المجالس . ولم يصدر لها حينذاك قانون موضوعى . ولا نص تشريعى ، يحدد الأحكام التى تطبقها على المنازعات التى تثار أمامها ، فكانت تطبق الأحكام الفقهية على النسق الذى كانت تجرى عليه المحاكم الشرعية .

المحاكم الحسبية :

ثم صدر القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بترتيب المحاكم الحسبية والإجراءات التى تتبع أمامها ، واختصاصها بمسائل القصر ، وعديمى الأهلية ، والولاية ، والوصايا ، وتعيين الأوصياء ، والقوام ، والوكلاء عن الغائبين ، والمساعدين القضائيين ، وعزلهم ، ومدى سلطتهم فى التصرف والإدارة ، وخضوعهم لرقابة المحكمة ، وسلب الولاية ، وإعادتها ، ومحاسبة الأولياء ، والأوصياء ، ومسئوليتهم وغير ذلك .

وقد جمع هذا القانون بين القواعد الموضوعية والإجراءات القضائية ، على النحو المفصل فيه .

ثم صدر القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على النفس والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال .

والمحاكم الحسبية تطبق أحكام هذين القانونين فى المنازعات الخاصة بتلك المسائل وترجع إلى أحكام الفقه فى تحديد عوارض الأهلية وبيان حقيقتها إذا أثير نزاع فى هذا الشأن .

الولاية وتعريفها :

الولاية اسم لما يتولاه الإنسان ويقوم به من الأعمال . وفى اصطلاح الفقهاء ، هى قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف فى شئون غيره جبرا عليه .

أقسام الولاية :

وتنقسم الولاية إلى خاصة وعامة . فالخاصة كولاية الأب ، والجد ، والوصى على الصغير ، والقيم على المجنون والمعتوه ، والعامة كولاية الإمام ، والسلطان والقاضى . . وتنقسم إلى ذاتية ، ومكتسبة . فالذاتية هى التى تثبت للشخص باعتبار ذاته ولا يستفيدها من الغير ، وتكون لازمة ولا تقبل الإسقاط ولا التنازل عنها ، كولاية الأب والجد . والمكتسبة هى التى تثبت للشخص لمعنى فيه ، ويستفيدها من الغير ، وتقبل الإسقاط والتنازل عنها ، كولاية الوصى ، والقيم . وتنقسم أخيرا إلى ولاية على النفس ، وولاية على المال . وسنبين حكم كل فيما يلى :

وقد يكون الشخص ولياً على النفس والمال معاً كالأب والجد حين يضم إليهما الصغير بعد انتهاء مدة الحضانة ويكون للصغير مال خاص تحت أيديهما.

وقد يكون ولياً على النفس فقط كالعاصب من الذكور إذا ضم إليه الصغير بعد تجاوزه سن الحضانة وتكون ولاية المال لشخص آخر .

وقد يكون ولياً على المال فقط كوصى الأب والجد يتولى شئون مال الصغير حين يكون فى حضانه النساء .

الولاية على النفس :

وتشمل الولاية على النفس ، ولاية حفظ الصغير وتزويجه .

أما ولاية الحفظ فإنها بالنسبة للصغير عبارة عن العناية به ، ورعايته ، وتأديبه ، وتعليمه ما لا يستغنى عنه من العلوم والمعارف ، وإعداده وتوجيهه

إلى تعلم صنعة يتكسب منها ما يعيش به ، وبالنسبة للأنثى فإنه يجب على الولى فوق ما تقدم صيانتها والبعد بها عن كل ما يعرضها للفساد ، ويجوز أن يسلمها إلى امرأة أمينة تعلمها ما يساعدها على القيام بشئون المنزل وتدبيره .

وتبدأ مرحلة الولاية على النفس بتجاوز الصغير سن الحضانة التى قررها الفقهاء ببلوغ الذكر حداً يستقل فيه بخدمة نفسه بعض الاستقلال ، بأن يأكل وحده ، ويلبس وحده ، وينظف نفسه وحده ، وقد قدرها الخصاف بسبع سنين ، وقدرها غيره بتسع .

وأما بالنسبة للإنثى فتبدأ ببلوغها سن المراهقة وهى تسع سنين ، وقيل إحدى عشرة سنة .

وقد راعى المشرع كلا التقديرين فى المادة عشرين من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث نص فيها على أن (للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك) .

من له حق الولاية على النفس :

ويثبت حق الولاية على النفس للعصبة من الرجال على حسب ترتيبهم فى الإرث ، ويشترط أن يكون العاصب محرما للأنثى ، فإن لم يوجد لها عاصب محرم اختار لها القاضى أميناً يضعها عنده أو يبقيها عند الحاضنة على حسب ما يرى فيه مصلحتها ، وقد نص على ذلك القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على النفس حيث بين أن (المقصود بالولى فى تطبيق أحكام هذا القانون الأب والجد والأم والوصى وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص) .

وحق الولاية فى هذا الدور يكون جبراً على الصغير وعلى الولى من غير اختيار فيه لواحد منهما .

بقاء الصغيرين عند الولى :

ويستمر الغلام فى رعاية ولى النفس إلى أن يبلغ مبلغ الرجال ، والبلوغ إما بالعلامات الخاصة بالذكر كالإنزال والاحتلام وإما بالسن ، وهو بلوغ الغلام ثمانى عشرة سنة والإنثى سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة ، وعند الصاحبين ببلوغهما خمس عشرة سنة وهو المفتى به والجارى عليه العمل .

فإذا بلغ الغلام هذا الحد كان أحق بنفسه ولا سبيل للولى عليه ، وله حق الخيار فى الإقامة حيث شاء ـ مع أمه أو مع أبيه أو بعيداً عنهما ـ إلا أن يكون غير مأمون على نفسه ، فإنه يبقى كما كان جبرا عليه . وإذا بلغ مجنوناً أو معتوها فإن ولاية العاصب على نفسه تبقى مستمرة حتى يزول هذا المرض ، وإذا بلغ عاقلا ثم طرأ عليه الجنون أو العته ، فإن الولاية على نفسه تعود لصاحب الحق عليه شرعا .

وعند أبى يوسف أن الولاية لا تستمر عليه لجنونه وعتهه ، بل لابد من صدور حكم جديد بالحجر عليه وإقامة قيم عليه ـ وقد أخذ بذلك القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى المادة ٦٥ منه .

وأما البنت فإنها تبقى عند ولى النفس حتى تبلغ مبلغ النساء بالعلامات الطبيعية الخاصة بالأنثى كالاحتلام والإنزال والحيض أو ببلوغها خمس عشرة سنة على المفتى به ، فإن كانت بكرا بقيت عند الولى جبرا عنها مادامت شابة ويخشى عليها الفتنة ، فإذا كبرت فى السن وعهد فيها حسن الرأى والعفة فليس لأحد أن يجبرها على البقاء عنده ، وتقيم حيث تشاء .

وأما الثيب فإنها لا تجبر على البقاء عند العاصب إلا إذا كانت غير مأمونة على نفسها .

ولاية نكاح الصغيرين :

وينشأ هذا الحق بسبب الملك ، أو الولاء ، أو الإمامة ، أو القرابة .

١ — فولاية الملك هى التى تثبت للسيد على مملوكه ، فله أن يزوج عبده أو أمته جبرا عليهما ـ وشرط ثبوت هذه الولاية للسيد أن يكون عاقلا بالغاً.

٢ — وولاية الولاء قسمان . ولاء عتاقة . وولاء موالاة .

فولاية العتاقة هى التى تثبت للمعتق على عتيقة . فاذا كان هذا المعتق صغيرا ، أو كان كبيراً مجنوناً أومعتوها ، فلمعتقةولو كان اثنى ولاية تزويجه . ويشترط فى ثبوت هذه الولاية أن يكون المعتق عاقلا ، بالغاً ، وألا يكون للعتيق عصبة نسبية ، كالإبن والأب والأخ والعم .

وولاية الموالاة تثبت للشخص أثر العهد الذى يعقده مع آخر على أن ينصره ويغرم عنه إذا جنى ، ويرثه إذا مات . فانه بهذا العهد ، تثبت له عليه ولاية تزويجه . ويشترط فى ثبوت هذه الولاية أن يكون الولى عاقلا بالغاً حراً . وألا يكون للمولى عليه أحد من العصبة النسبية أو من العصبة السببية عند عدم الأولى .

٣ — وولاية الإمام والسلطان والقاضى تثبت لكل منهم فى تزويج عديم الأهلية أو ناقصها ـ بشرط ألا يكون له ولى مما ذكر فى الأنواع الثلاثة السابقة . لأن (السلطان ولى من لا ولى له) وله أيضاً ولايه تزويج الحرة ، البالغة ، العاقلة ، إذا وجدت زوجا كفأ ومنعها أقرباؤها من التزويج به ـ فولايته على هذه المرأة ولاية استحباب ، لأنها تملك تزويج نفسها ، لكن متى كانت لا تستطيع ذلك بسبب عضل أوليائها وجب على القاضى أن يرفع عنها هذا الظلم وأن يزوجها من الكفء الذى ترضاه .

٤ — ولاية القرابة ، وهى التى تثبت لصاحبها بسبب قرابته من المولى عليه ، وهى عند محمد تكون للعصبة بالنفس من الأقارب على حسب ترتيب الإرث ، وعند أبى حنيفة وأبى يوسف تكون للعصبة ، ولغير العصبة من الأقارب . لكن غير العصبة مؤخرون عن العصبة النسبية والعصبه السببية أيضا.

وهى عند الشافعية للأب والجد وعند الحنابلة والمالكية للأب أو وصيه
ويشترط فى ثبوت ولاية القرابةالعقل ، والبلوغ ، والحرية ، وأهلية الإرث
ولا يشترط فى الولى عند الحنفية العدالة ، فالفاسق يصح تزويجه موليته .
وعند الشافعية والحنابلة تشترط عدالة الولى .

ولاية الاجبار وولاية الاختيار :

وتنقسم الولاية بالنظر إلى المولى عليهعند أبى حنيفة إلى ولاية إجبار، وولاية اختيار واستجباب . فولاية الإجبار هى التى تثبت لصاحبها جبرا على المولى عليه ، وينفذ تزويجه له من غير توقف على رضاه واختياره ، كالولاية على الصغيرين والمجانين والمعتوهين .

وولاية الاختيار والاستحسان . هى التى تثبت لصاحبها بناء على اختيار المولى عليه ورضاه ، فلا يملك تزويجه إلا بموافقته كولاية تزويج الحرة العاقلة البالغة ، فإنها تملك تزويج نفسها لكن يستجيب أن تكل أمر العقد عليها إلى وليها حفظاً لها من التبذل .

وعند الشافعى ومحمد تنقسم إلى ولاية استبداد ، وإلى ولاية شركة . فولاية الاستبداد هى بعينها ولايةالإجبار عند أبى حنيفة . أما ولايةالشركة فهى الحق الذى يملكه الولى فى تزويج المولى عليه مع اشتراكه معه فى الرأى والاختيار . فالولى لايملك الانفراد بتزويج المولى عليه ، بل لا بد من موافقته على الزواج ورضاه به ، وذلك كولاية تزويج الثيب الكبيرة العاقلة . فإن أمر تزويجها شركة بينها وبين وليها ، ولا يملك أحدهما الانفراد به دون رضا الآخر .

غير أن الشافعى يقول إنه مع هذه الشركة فى الرأى والاختيار ، يجب أن يتولى الولى العقد على المولى عليه ، ولا يصح أن تباشر هى العقد بنفسها، لأن عقد الزواج لا يصح بعبارة النساء عنده مطلقا .

وأما محمد فإنه يرى صحة مباشرة المرأة عقد زواجها بنفسها بعد تحقيق رضا وليها .

على من تثبت ولاية الاجبار :

وتثبت ولاية الإجبار عند الحنفية بسبب صغر المولى عليه ، أو جنونه ، أما البالغ العاقل ، والبالغة العاقلة ، بكرا كانت أو ثيبا ، فلا تثبت على أحد منهم ولاية الإجبار ، وعند الشافعية شرط ولاية الاستبداد الصغر فى الغلام ، والبكارة فى الأنثى ، والجنون بالنسبة للكبيرين ، أما الثيب الكبيرة فلا يثبت عليها ولاية الاستبداد مطلقا ، وأما الصغيرة الثيب فلا تثبت عليها ولاية الاستبداد ، ولا يملك أحد تزويجها ، وتبقى من غير زواج حتى تبلغ ليكون زواجها برأيها . وتكون الولاية عليها حينئذ ولاية شركة .

اختيار المولى عليهم :

وإذا زوج الأب أو الجد الصغيرين وقع العقد صحيحا لازما ، سواء أكان الزوج كفأ والمهر مهر المثل ، أو لم يكن كذلك ، وسواء أكانت الصغيرة التى بلغت بكر أو ثيبا ، وهذا إذا كان الأب والجد غير معروفين قبل العقد بسوء الاختيار ، ولا يكون لهما خيار الفسخ بالبلوغ .

وإذا كان الأب والجد معروفين بسوء الاختيار قبل العقد ، فإن كان الزوج كفأ والمهر مهر المثل ، كان العقد لازما . أما إذا كان الزوج غير كفء ، أو بغبن فاحش فى المهر ، فلا يكون العقد صحيحا .

وإن كان المزوج للصغيرين غير الأب والجد ، فإن كان الزوج غير كفء أو بغبن فاحش فى المهر ، كان الزواج غير صحيح . أما إذا كان الزوج كفء ويمهر المثل ، فإن الزواج يكون صحيحا نافذا غير لازم عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف إنه لازم كعقد الأب والجد ورأى الطرفين هو المعتمد ، ويكون للصغيرين خيار البلوغ .

والرضا فى الغلام بالبلوغ يكون بالقول الصريح ، أو بفعل يدل على الرضا ، والثيب مثل الغلام . أما الصغيرة البكر ، فإن سكوتها يعتبر رضا بالزواج ، وخيار الافاقة تثبيت للمجنونين والمعتوهين عند الافاقة والحكم فيهما كالحكم فى الصغيرين إذا بلغا ... وخيار العتق يثبت للأمة دون العبد .

زواج المرأة نفسها :

وإذا زوجت المرأة المكلفة نفسها من غير ولى ، أو بدون إذنه ، صح العقد . سواء كانت بكرا أم ثيبا ، وهو لازم إذا كان الزوج كفأ والمهر مهر المثل — أما إذا كان الزوج غير كفء أو المهر أقل من مهر المثل فالعقد لا يلزم الأولياء ، إلا إذا رضعوا به ، أو سكتوا حتى ولدت أو ظهر الحمل بها . وروى عن أبى حنيفة أن العقد يكون باطلا من أول الأمر إذا كان الزوج غير كفء أو كان المهر أقل من مهر المثل — وهذه الرواية هى التى عليها الفتوى .

وذهب الأئمة الثلاثة إلىأن رأىالولى ورضاه شرط فىصحة هذا العقد ، وأن يباشر هو العقد بنفسه أو بوكيل عنه إن كانت المرأة بكرا بالغة ، وإن كانت ثيبا فإن الولاية عليها تكون ولاية شركة ، ولا بد فيها من إذن الولى ورضاه ، وعند محمد يكون العقد صحيحا موقوفا فى البكر والثيب على أجازة المولى .

وبما لولى الأمر من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة فقد نظم ذلك كله ونص فى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على منع توثيق عقد الزواج إذا كان سن الزوج أقل من ثمانى عشرة سنة وسن الزوجة أقل من ست عشرة سنة — ومنع القضاة من دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة أقل من ست عشرة سنة أو سن الزوج أقل من ثمانى عشرة سنة وقت رفع الدعوى .

كما نص فى مشروع القانون الجديد فى مواده على ما يأتى :

أنه (يشترط فى أهلية الزواج البلوغ فيبطل زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ ويمنع تزويج المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى إلا بإذن من المحكمة وأن تزويج الفتاة فيما بين البلوغ وسن الرشد المالى يكون للعصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث فإن لم توجد العصبة فالولاية للقاضى) وأنه (لا ولاية على البالغ العاقل فى تزويج نفسه) وأنه (يشترط اجتماع رأى الولى والمولى عليها وإذا باشرت الفتاة العقد بعد رضا الولى صح العقد . وإذا انفرد أحدهما بالعقد قبل رضا الآخر كان موقوفا على أجازته) .

وهذا كله مطابق للنصوص الفقهية الشرعية التى أوردناها سابقا .

شروط الولاية :

يشترط فى الولى أن يكون كامل الأهلية ، وكمال الأهلية يتحقق بالعقل ، والبلوغ ، والحرية ، والأمانة على الصغير ، والقدرة على رعايته وحفظه ، وأن يكون متحدا فى الدين مع المولى عليه . ولا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بما له لأن فاقد الشىء لا يعطيه لغيره .

وليست هذه الشروط قاصرة على الولى على النفس ، بل ويجب توافرها فى كل من الولى على المال ، والوصى ، والقيم ، والوكيل عن الغائب ، والمشرف ، والوصى الخاص ، والوصى المؤقت ، ووصى الخصومة ، والمساعد القضائى أيضا .

الولاية على المال :

هى رعاية أموال القصر ، والغائبين ، وعديمى الأهلية ، وحفظها ، وإدارتها ، والتصرف فيها ، بما فيه مصلحتهم ، وطبقا للأحكام القانونية والنصوص الشرعية .

من له حق الولاية على المال :

والولاية على المال عند الحنفية تكون للأب ، ثم للوصية ، ثم للجد الصحيح . غير أن ولاية الأب ، والجد ، ولاية إلزامية ، ومن ثم ، فإنهما لا يحتاجان إلى قرار من المحكمة بتعيينهما . ولا يجوز لهما التنحى عنها إلا للضرورة ، وبقرار من المحكمة . أما وصى الأب ، فإنه وإن كان مقدما على الجد الصحيح فى الترتيب لعلم الأب بمصلحة ابنه ، إلا أن ولايته اختيارية غير ملزمة ، ولا بد من قرار من المحكمة بتثبيته فيها ، حتى تكون له الولاية على المال وإدارته . وعند الشافعية تكون للأب ثم الجد وعند المالكية والحنابلة تكون للأب ثم لوصيه — وقد جرى القانون على مذهب الحنفية .

ما تشمله الولاية من أموال :

وتشمل ولاية الاب ، كل ما يكون للقاصر من مال ، إلا ما آل إليه عن طريق التبرع من غير الأب ، إذ اشترط المتبرع عدم تولى الأب إدارة هذا المال . فلا يجوز له إدارته تحقيقاً لرغبة المتبرع ، ومراعاة لمصلحة القاصر فى ذلك .

الشروط التى يجب توافرها فى الولى والوصى وغيرها :

سبق أن بينا الشروط التى يجب توافرها فيمن يكون وليا على النفس ابتداء ، وانتهاء وهى بعينها الشروط التى يجب توافرها فيمن يكون وليا على المال وأنه إذا فقد الولى شرطا منها ، كان ذلك داعياً إلى سقوط الولاية عن هذا الولى ، وعزله . والشروط التى يجب توافرها فى الولى ، والوصى ، والقيم ، والوكيل ، وغيرهم لا تخرج عما قرره الفقهاء والقانون ، وتنحصر فى العقل ، والبلوغ ، والأمانة على القصر وأموالهم ، والقدرة على رعايتهم وإدارة أموالهم ، وأن يكون متحدا معهم فى الدين ، فإذا فقد الولى شرطا منها ابتداء حال ذلك دون تولى إدارة أموالهم ، وكذلك لو فقدالولى شرطا

منها بعد توليه ، وإدارة أموالهم ، فإن ذلك يكون داعياً إلى سقوط الولاية عنه ، وهو ما يعبر عنه القانون بسلب الولاية أو العزل .

وقد بين القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ الأحوال التى تسلب فيها الولاية على النفس وجوباً ، أو جوازاً وذلك طبقا لما تستوجبه الحالة ، وتقتضيه الظروف كما بين الأحوال التى تسقط فيها الولاية أو وقفها أو الحد منها وشروط عودتها وما يترتب على ذلك كله من الإجراءات والوسائل التحفظية ، وسنبين ذلك فيما يلى :

أحوال سلب الولاية وجوباً :

أوجب القانون لسلب الولاية على النفس وسقوط كل ما يترتب عليها من حقوق، وسقوط الولاية على المال تبعاً لذلك ، فى الأحوال الآتية :

١ — من حكم عليه لجريمة الاغتصاب ، أو هتك العرض ، أو لجريمة مما نص عليه فى القانون رقم ٦٨ لسنة ٥١ الخاص بشأن مكافحة الدعارة ، إذا وقعت الجريمة على أحد المشمولين .

٢ — من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد من تشملهم الولاية ، أو حكم عليه لجناية وقعت من أحد هؤلاء .

٣ — من حكم عليه أكثر من مرة لجريمة ، مما نص عليه فى القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٥١ ، بشأن مكافحة الدعارة .

ويترتب على سلب الولاية بالنسبة إلى صغير ، سلبها بالنسبة إلى كل من تشملهم ولاية هـذا الولى من الصغار الآخرين ، إلا إذا كان الصغار الآخرون من فروع هذا المحكوم بسلب ولايته ، وكان سلب الولاية بناء على ما نص عليه فى الحالتين المشار إليهما فى البند ٢ — وذلك ما لم تأمر المحكمة بسلبها بالنسبة إليهم أيضاً . وهذا كله راجع إلى فقد شرط الأمانة على الصغير وفسق الولى .

وعلة هذا الاستثناء السابق هو أن سلب الولاية لفقد شرط الأمانة . لكن إذا حكم على الولى لجناية وقعت على نفس المشمولين بولايته، أو لجناية وقعت منهم ، فإن ولايته لا تسلب عن الصغار الآخرين إذا كانوا من فروعه ، إلا إذا نص على ذلك الحكم . لأن انعدام الثقة على غير فروعه ، لا يدل على انعدامها بالنسبة للفروع ، لكن إذا دلت الظروف على أن الولى قد خرج عن حد الاعتدال ، ولم تعد لديه الصلاحية لتولى أعمال الولاية على الصغار ، فإن للمحكمة حينئذ أن تقرر سلب ولايته بالنسبة لفروعه أيضاً .

أحوال سلب الولاية جوازاً :

ويجوز أن تسلب ، أو توقف كل ، أو بعض حقوق الولاية ، بالنسبة إلى كل أو بعض ، من تشملهم الولاية فى الأحوال الآتية :

١ — إذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة .

٢ — إذا حكم على الولى لجريمة اغتصاب ، أو هتك عرض، أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة . ولم تكن قد وقعت على أحد ممن تشملهم الولاية .

٣ — إذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر ، أو الحبس بغير وجه حق ، أو لاعتداء جسيم ، متى وقعت على أحد ممن تشمله الولاية .

٤ — إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية داراً من دور الاستصلاح، وفقاً للمادة ٦٧ من قانون العقوبات، أو طبقاً لقانون الاحداث.

٥ — إذا عرض الولى للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية ، أو سلامته ، أو أخلاقه ، أو تربيته ، بسبب سوء المعاملة ، أو سوء القدوة ، نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب ، أو المخدرات ، أو بسبب

عدم العناية أو التوجيه ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال .

ويحكم بسلب الولاية ولو كانت الأسباب التى اقتضت سلبها سابقة على ثبوت الولاية وقيامها . وأن سلب الولاية على النفس ، يستتبع حتما سلبها على المال من غير حاجة إلى قرار بذلك . على أنه لو عادت الولاية على النفس، فلا تعود الولاية على المال إلا بقرار جديد من المحكمة المختصة بذلك ، ومما سبق يتبين الفرق بين الأحوال التى يجب فيها سلب الولاية والأحوال التى يجوز فيها سلبها أو وقفها .

إعادة الولاية :

ويجوز لمن سلبت ولايته بسبب الحكم عليه لجناية وقعت على نفس الصغير أو لجناية وقعت من الصغير أو بسبب الحكم عليه فى جرائم التحريض على الدعارة أو تكرارها مما هو منصوص عليه فى القانون ٦٨ لسنة ١٩٥١ أو بسبب الحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو بسبب الحكم عليه أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو الاعتداء جسيم وقع على الصغار المشمولين لولاية ، أن يطلب إعادة الولاية إليه ، إذا حكم برد اعتباره .

كما يجوز لمن سلبت ولايته بسبب سوء أخلاقه ، أو بسبب إهماله للصغير حسبما هو مبين فى البندين ٤ ، ٥ من المادة الثالثة أن يطلب إعادة الولاية إليه ، بعد مضى ثلاث سنوات من تاريخ الحكم بسلب الولاية ، أما فى الأحوال الأخرى ، فلا تعود إليه الولاية مطلقا ، للقطع بعدم صلاحيته ، وعدم أمانته على الصغار، وفساد أخلاقه ونفسه . وفقده للشروط التى يجب توافرها.

الإجراءات التحفظية :

ولقد تكفل القانون ببيان الإجراءات التحفظية التى يجب اتباعها عند

سلب الولاية ، أو وقفها ، فقرر أنه إذا قضت المحكمة بسلب الولاية ، أو وقفها ، عهدت بالصغير إلى من يلى المحكوم عليه ، فإن أمتنع ، أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية ، جاز للمحكمة أن تعهد بالصغير إلى أى شخص آخر ، متى كان معروفا بحسن السمعة ، وصالحاً للقيام بتربيته ، أو أن تعهد به لأحد المعاهد ، أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لذلك ، وفى هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تفوض من عهدت إليه بالصغير بمباشرة كل أو بعض حقوق الولاية ، وإذا قضت المحكمة بالحد من الولاية فوضت أحد الأقارب ، أو أى شخص مؤتمن ، أو أى معهد أو مؤسسة ، فى مباشرة الحقوق التى حرمت الولى منها ، حتى لا يضيع الصغير أو يبقى هملا . غير أنه فى الحالتين الرابعة ، والخامسة ، قد جوز القانون للمحكمة بدلا من الحكم بسلب الولاية أو وقفها ، أن تعهد إلى وزارة الشئون الاجتماعية بالإشراف على تربية الصغير أو تعليمه ، وللوزارة أن تفوض فى ذلك أحد المعاهد أو المؤسسات المعدة لذلك :

وأنه بالنظر إلى الأحوال التى نص القانون فيها على سلب الولاية يتبين أن ما قرره القانون لا يخرج فى جملته عما قرره الفقهاء بصفة عامة، وما جاء فى مذهب الحنيفة على الخصوص .

وأنه يترتب على سلب الولاية على النفس ، سقوطها عن المال ، ولا يجوز أن يقام الولى الذى حكم بسلب ولايته ، وصياً ، أو مشرفاً ، أو قيما ، كما لا يجوز أن يختار وصياً ، وذلك لفقده الشروط التى يجب استمرارها فيمن يتولى شئون القصر .

أسباب الولايه على المال :

وتنحصر أسباب الولاية على المال فى الصغر ، والجنون ، والعته ، والسفه ، الغفلة والدين .

وقد اتفق الفقهاء على أن الصغر ، والجنون ، والعته ، من الأسباب الموجبة للحجر ، وخالف أبو حنيفة فى الحجر بسبب السفه والغفلة ، والدين ، ورأى الحجر على الطبيب الجاهل ، والمفتى الماجن ، والمكارى المفلس .

والقانون قد جرى على رأى الفقهاء فى الحجر على المجنون والمعتوه وعلى مذهب أبى يوسف ومحمد والأئمة الثلاثة فى الحجر على السفيه ، وذى الغفلة ، والمدين ، وسيتبين فيما يلى حكم تصرفاته القولية .

الصغير :

إن الصغر فى ذاته عجز موجب للمنع من التصرفات القولية ، والصغير فى المرحلة الأولى من حين ولادته إلى سن التمييز المقدر بسبع سنوات يعتبر فاقد العقل وبين سن التمييز إلى البلوغ يعتبر ناقص العقل ، وبعد البلوغ يعتبر كامل العقل شرعا .

والقاصر قانونا هو من لم يبلغ سن الرشد المحدد بإحدى وعسرين سنة ميلاديه .

سن الرشد وسن البلوغ :

ومما سبق توضيحه يتبين الفرق بين سن الرشد المالى الذى يتعلق بالوية على المال وسن البلوغ الذى يتعلق بالولاية على النفس .

تصرفات الصغير :

إن تصرفات الصغير غير المميز القولية باطلة مطلقا أى سواء أكانت نافعة أم ضارة أم دائرة بين النفع والضرر ، أما تصرفات الصغير المميز فإنها إن كانت نافعة نفعا محضا ، تكون صحيحة ، وإن كانت ضارة ضررا محضا فإنها تكون باطلة ، وإن كانت دائرة بين النفع والضرر فإنها تكون موقوفة على أجازة وليه أو وصيه .

المجنون وتصرفاته :

الجنون فى اللغة ، المنع ، وفى اصطلاح الفقهاء ، المنع من نفاذ التصرفات القولية كالبيع والشراء ، وسائر عقود المبادلات ، لأن التصرفات القولية ، هى التى يمكن منع نفاذها ، أما الأعمال والتصرفات الفعلية . فلا يتأتى فيها الحجر والمنع من النفاذ .

والحجر ، آفة تصيب العقل وتذهب به ، وتمنع المصاب بها من أدراك الأمور والحكم عليها . وقد فرق الفقهاء بين الجنون المطبق ، وغير المطبق ، وبين تصرفات كل منهما . فعرفوا الجنون المطبق بأنه هو الذى يستمر كل الوقت ولا يفيق المصاب به مطلقا ، أو هو الذى يستمر شهراً فأكثر ، وتصرفاته القولية باطلة مطلقا - أى سواء أكانت نافعة ، أم ضارة ، أم دائرة بين النفع ، والضرر .

وعرفوا غير المطبق بأنه هو الذى يعرض له الجنون فى بعض الوقت ، ويزول عنه ويفيق فى بعضه الآخر . أو هو الذى يستمر أقل من شهر وتصرفاته تكون باطلة حين يعرض له الجنون . وتكون صحيحة إن وقعت وقت الإفاقة .

وقد بين القانون المدنى حكم ذلك حيث نص على ما يأتى :

(يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر ، أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلا ، إلا إذا كانت حالة الجنون والعته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها) م١١٤ مدنى كما نص مشروع القانون الجديد على ما يأتى (يحكم بالحجر على البالغ للجنون ، وللعته من تاريخ وجود سبب الحجر ، على ألا يحول هذا الحكم دون نظر الموضوع أمام المحكمة فى الحوادث السابقة على التاريخ الذى عينه قرار الحجر) .

ومؤدى ذلك أن المشرع ألزم المحكمة بأن تحدد فى حكمها الذى تصدره بتوقيع الحجر ، تاريخ وجود سبب الحجر بالنسبة للمجنون والمعتوه ، وأن تحديد هذا التاريخ لا يحول دون إبطال التصرفات التى صدرت من المجنون ، والمعتوه قبل تاريخ الحجر الذى عينته المحكمة عند حكمها بالحجر .

المعتوه وتصرفاته :

العته ، آفة تصيب العقل ولا تذهب بأصله ، ولكن تؤثر فى بعض الملكات النفسية بالنقصان ، وتمنع المصاب من إدراك الأمور إدراكا سليما والحكم عليها حكما صحيحاً .

وتصرفات المعتوه ، تقع صحيحة شرعا إن تمحضت نفعا ، وباطلة إن تمحضت ضرراً ، وموقوفة على إجازة من يملك الإجازة إن كانت دائرة بين النفع والضرر . أما من الناحية القانونية فقد بينا فيما سبق حكم تصرفاته القولية .

السفه والغفلة :

جرى القانون على الأخذ بمذهب الصاحبين والأئمة الثلاثة فى الحجر على السفيه وذى الغفلة .

والسفه ، والغفلة ، من العوارض الأهلية التى تعترض الإنسان فلا تخل بالعقل ، ولكن تؤثر فى بعض الملكات النفسية بالنقصان ، وأخصها دقة الإدراك ، وحسن التقدير ، وقد غلب السفه على إتلاف المال وتبذيره على خلاف مقتضى العقل والشرع .

ويرى محمد والشافعى ، أن السفه إذا صاحب البلوغ ، فإن الحجر يستمر وتستمر الولاية عليه لمن كان وليا قبل البلوغ من غير حاجة إلى حجر جديد ، أو إقامة جديدة — وعند أبى يوسف يزول عنه الحجر بسبب الصغر ، ويحجر عليه حجر جديد ، ويقيم القاضى قيما عليه بعد توقيع الحجر ، وهو ما جرى عليه القانون م ٦٥ ق ١١٩ سنة ١٩٥٢ .

وعند أبى حنيفة إذا بلغ السفيه خمسا وعشرين سنة ، يدفع إليه ماله مطلقا ، ولا يحجر عليه ، ويمنع عنه المال قبلها إن بلغ سفيها .

تصرفات السفيه وذى الغفلة :

إن تصرفات السفيه وذى الغفلة القولية كتصرفات الصبى المميز وقدسبق أن بينا حكم تصرفات الصبى المميز ، كما بين القانون المدنى فى المادة رقم ١١٥ حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة بأنه (إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على التصرف ما يسرى على تصرف الصبى المميز من أحكام . أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا ، أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ) ، وهذا مطابق للنصوص الشرعية بالنسبة لتصرفاتهما .

وأما النكاح ، والطلاق ، والعتق ، الصادرة منهما ، فهى صحيحة ، ولا تأثير للحجر إلا فى الجانب المالى فقط . ولا يلزم بأ كثر من مهر المثل .

وأما وصيتهما فلا تكون صحيحة إلا بإذن المحكمة ، طبقا للمادة الخامسة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٤ ، التى تنص على أنه (يشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا ، على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه ، أو غفلة ، أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بأذن المحكمة) . أما وقفهما فباطل إذا كانا محجورا عليهما لأنهما ليسا أهلا للتبرع — وهذا عند الخصاف . وقال الكمال بن الهمام إذا وقفا على أنفسهماثم على جهة بر لا تنقطع فإنه يصح .

المدين وتصرفاته :

أما المدين فتصح وصيته إن كان دينه مستغرقا ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه ، فإن برئت ذمته منه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية فى الباقى بعد وفاء الدين م ٣٨ ق ٧١ سنة ١٩٤٦ ، وإذا كان الدين غير مستغرق

واستوفى كله أو بعضه من الموصى به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى استوفى فى ثلث الباقى من التركة بعد وفائه الدين م٣٩ ق٧١ سنة١٩٤٦ .

وقف المدين :

وقف المدين المحجور عليه غير صحيح لتعلق حق الغرماء بماله وإن أجازه الدائنون صح الوقف . وهذا إذا كان الدين محيطا بماله . وإن لم يكن محيطا بماله صح فيما زاد عن الدين . وإن لم يكن محجوراً عليه صح وقفه ، وإن قصد به ضرر غرمائه لثبوت حقهم فى ذمته دون العين وذلك عند الجمهور خلافا لمالك .

ووقف المدين الراهن لماله الموقوف صحيح فى ذاته ولكنه موقوف على إجازة المرتهن الدائن أو على سداد الدين .

الحمل المستكن وأحكامه :

الحمل المستكن هو الجنين فى بطن أمه إلى أن ينفصل حياً (ويجوز للأب أن يقيم وصياً مختارا لولده القاصر ، أو للحمل المستكن ، ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع ، وإذا لم يكن للقاصر ، أو للحمل المستكن ، وصى مختار ، تعين المحكمة وصيا له ، ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على المولود ، ما لم تعين المحكمة غيره) م ٢٨ ، ٢٩ ق ١١٩ .

ميراثه والوصية له :

(ويحجز للحمل المستكن ، أوفر النصيبين فى الميراث على تقدير أنه ذكر ، أو أنثى وإذا توفى رجل عن زوجته ، أو معتدته ، فلا يرثه حملها ، إلا إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة ، أو الفرقة . ولا يرث الحمل غير أبيه ، إلا إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة ، إن كانت أمه معتدة عدة موت ، أو فرقة ، ومات المورث أثناء العدة ، أو يولد حياً لسبعين ومائتى يوم على الأكثر

من تاريخ وفاة المورث ، إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة . وإذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقى على من دخلت الزيادة فى نصيبه من الورثة ، وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه ، رد الزائد على من يستحقه من الورثة م ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ ق ٧٧ سنة ١٩٤٣ .

(وتصح الوصية للحمل ، إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية ، وإذا لم يقر الموصى بوجود الحمل ، فيجب أن يولد حياً لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية ، مالم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة) م ٣٥ ق ٧١ سنة ١٩٤٦ .

واجبات ولى المال :

وحرصا من المشرع على معرفة أموال القاصر ، وبعدا عن موت الولى مجهلا لها ، وعدم ضمانها ، أوجب على من يلى أمره ، أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال ، أو ما يؤول إليه ، وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية ، أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير ، واعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير فى تقديمها ، تعريض لمال القاصر للخطر ، يترتب عليه النظر فى سلب ولايته ، أو الحد منها .

كما ألزم المشرع الولى ، أو الورثة ، أن يردوا أموال القاصر اليه عند بلوغه سن الرشد ، وأن يسأل هو ، أو ورثته ، عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف .

غير أن المشرع قد استثنى الأب من المحاسبة على ما تصرف فيه من ريع القاصر ، وأوجب محاسبته على ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم ، أو القيام بحرفة أو مهنة .

تصرفات الأب شرعا :

إن الولى مقيد فى تصرفه شرعا بمصلحة المولى عليه ، فإذا تضمن التصرف ضررا محضا أو غبنا فاحشا كان باطلا .

والأب إذا كان معروفا بالتبذير والإسراف وعدم الأمانة . فلا تكون له ولاية على مال ولده — والقاضى يعين للقاصر وصيا وينزع المال من أبيه ويسلمه للوصى لإدارته .

وإن كان معروفا بسوء التدبير وفساد الرأى ولكنه أمين على المال فتكون له الولاية على مال أولاده ما لم يظهر أضرار بأموالهم ، ويشترط أن تكون تصرفاته لصالحهم .

وإن كان معروفا بحسن الرأى والتدبير والتصرف فى المال والمحافظة عليه . أو كان مستور الحال فإنهما يملكان جميع التصرفات فى المال وتنميته واستثماره بشرط أن لا يكون بغبن فاحش ، فإذا كان البيع والشراء بغبن فاحش كان باطلا — ويجوز لهما دفعه مضاربة أو مشاركة والتجارة فيه وإيداعه عند أمين .

ولا يجوز للأب أن يهب مال القاصر أو أن يتصدق به أو يقرضه أو يقترضه لنفسه أو لغيره ، واختلف فى رهن مال القاصر لدين على أبيه فأجازه أبو حنيفة ومحمد ومنعه أبو يوسف وزفر ، ويجوز لهما إحالة الدين على غير المدين إن كان أملأ من المدين أو مثله إن كان قد عقدا العقد وإلا فلا بد أن يكون أملأ من المدين .

ولاية الجد :

ولاية الجد عند محمد كولاية الأب فيملك كل ما يملكه الأب من التصرفات.

وعند أبى حنيفة وأبى يوسف أن ولاية الجد كولاية وصى الأب فيملك ما يملكه وصى الأب من التصرفات وهو المفتى به .

وصى الأب :

يملك جميع التصرفات التى يملكها الأب إلا فى بيع العقار فلا يملكه إلا بمسوغ شرعى كأن يبيعه بضعف ثمنه أو أن تكون ضرائبه وما يصرف عليه تزيد على غلاته أو أن يكون القاصر فى حاجة إلى النفقة .

ولا يجوز له البيع أو الشراء لنفسه من مال القاصر إلا إذا كان لمصلحة ظاهرة كالبيع بالضعف والشراء بالنصف . وهو رأى الإمام أبى حنيفة ـ وقال أبو يوسف ومحمد لايجوز للوصى ذلك مطلقاً .

سلطة الولى على المال قانوناً :

نظراً لدقة التفرقة بين الولى العدل ومستور الحال وفاسد الرأى والإختلاف فى بعض تصرفاته ، فقد أراد المشرع أن يعين سلطة الولى ، ليكون على علم بما يدخل فى نطاق ولايته كما فرق بين الأب ، والجد ، فى ذلك ، فنص على أنه يجوز للأب أن يتصرف فى عقار القاصر ، ومحله التجارى ، وفى أوراقه المالية ، إذا نقصت قيمتها على ٣٠٠ جنيه ، فإذا زادت عن ذلك ، فلا يجوز له ذلك إلا بإذن من المحكمة ، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض هذا الإذن ، إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة ، وأن الأب لايسأل إلا عن خطئه الجسيم ، أما الجد فيسأل مسئولية الوصى .

استرداد الولاية على المال :

وإذا سلبت الولاية ، أو حد منها ، أو وقفت ، فلا تعود إلا بقرار من المحكمة ، بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت إلى سلبها ، أو الحد منها ، أو وقفها ، وهى التى تقدر ذلك وحدها لولايتها العامة . وإذا رفض الطلب فلا يجوز قبوله إلا بعد إنقضاء سنتين من الحكم النهائى برفضه ، حتى لاتتكرر الطلبات الخاصة بذلك .

الأوصياء :

لما كانت مصلحة القاصر هي محل الاعتبار ، فقد نص القانون على عدم تعيين فئات من الأشخاص لعدم صلاحيتهم ، أو لتعارض مصلحتهم مع مصلحة القاصر ليكون بمنأى عن ضررهم وهم :

(١) من حكم عليه بجريمة من الجرائم المخلة بالآداب ، أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، وقد أجاز القانون تعيين بعض هؤلاء عند الضرورة إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات إذا اقتضى الأمر ذلك ، ولم يكن هناك من هم أولى منهم بها .

(٢) من حكم عليه بجريمة كانت تقتضى سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته .

(٣) من كان مشهوراً بسوء السيرة ، أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش منها .

(٤) المحكوم بإفلاسه ، إلى أن يحكم برد اعتباره .

(٥) من سبق أن سلبت ولايته ، أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

(٦) من قرر الأب حرمانه من التعيين ، إذا بنى هذا الحرمان على أسباب قوية تعتبرها المحكمة ، ويشترط إثبات هذا الحرمان ، بورقة رسمية ، أو عرفية مصدق على إمضاء الأب ، أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

(٧) من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى ، أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة ، وكان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر .

وإذا نظرنا إلى هؤلاء الذين حرمهم القانون من الوصاية ، نراهم قد فقدوا الشروط الواجب تحققها ، أو لأن مصلحة القاصر تكون فى خطر إذا تولوا إدارة ماله .

الشروط التى يجب تحققها فى الوصى :

الوصى هو الشخص الذى أقامه غيره مقامه ، ليتصرف فى شئون تركته ، وأولاده بعد وفاته .

وقد سبق أن بينا أنه يشترط فى الوصى ، أن يكون عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة ، وأن يكون متحداً مع القاصر فى الطائفة ، أو فى المذهب ، أو فى الدين ، وهى الشروط التى اشترطها الفقهاء فيمن يكون وصياً أو غيره .

الوصى المختار :

ولما كان الأب أعلم بحال ولده ، وأكثر شفقة من غيره ، فقد أجاز القانون والشرع له أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر ، أو للحمل المستكن كما يجوز ذلك للمتبرع ، أو للمورث أيضاً ، بشرط أن يثبت ذلك بورقة رسمية ، أو مصدق على توقيع الأب ، أو المتبرع بها ، أو مكتوبة بخطه وموقع بامضائه عليها .

ويجوز له العدول عن هذا الإختيار ، فى أى وقت حسب الشروط السابقة فى الاختيار ، من التصديق عليه أو كتابته بخطه وإمضائه .

وإذا لم يكن للقاصر ، أو الحمل المستكن ، وصى مختار ، فللمحكمة أن تعين لهما وصياً ، ويبقى وصى الحمل المستكن وصياً على المولود ، مالم تعين المحكمة غيره ، وذلك عند عدم وجود ولى له .

الوصى الخاص :

يجوز للمحكمة أن تقيم وصياً خاصاً ، وأن تحدد مهمته فى قرارها ، وذلك إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى ، أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته ، أو مع مصلحة أزواج الولى ، أو أحد أصوله أو فروعه ، أو إذا أريد إبرام عقد من عقود المعاوضة ، أو تعديله ،

أو فسخه ، أو إبطاله ، أو إلغاؤه ، بين القاصر وبين الوصى ، أو أحد من المذكورين ، أو أن يكون قد آل إلى القاصر مال بطريق التبرع ، وشرط المتبرع ألا يتولى الولى إدارته .

أو إذا استلزمت الظروف دراية فنية ، أو خاصة لأداء بعض الأعمال .

أو إذا كان الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية ، بشرط تحقق شروط الولاية فيه أيضاً .

الوصى المؤقت ووصى الخصومة :

كذلك يجوز للمحكمة أن تقيم وصياً مؤقتاً ، إذا حكم بوقف الولاية ، ولم يكن للقاصر ولى آخر ، وكذلك إذا وقف الوصى ، أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته ، ولها كذلك أن تقيم وصى خصومة ، ولو لم يكن للقاصر مال ، حتى لا تتعطل إدارة أموال القاصر ، أو يصيبه ضرر من جراء عدم وجود وصى له حينئذ .

تعدد الأوصياء .

وإذا تنوعت أموال القاصر ، واحتاجت إلى خبرة فنية ، أو إدارية خاصة ، كما لو كانت له أطيان زراعية وعقارية مبنية ، وآلات صناعية ، فانه يجوز تعيين أكثر من وصى ، ولا ينفرد أحدهم فى الادارة ، إلا إذا بين ذلك فى قرار تعيينه أو فى قرار لاحق بذلك ، لكن لكل منهم أن يتخذ الإجراءات الضرورية ، أو المستعجلة ، أو المتحضنة لنفع القاصر ، وتنتهى مهمة كل من الوصى الخاص ، والوصى المؤقت ، بانهاء العمل الذى أقيم لمباشرته أو المدة التى اقتضت تعيينه .

واجبات الأوصياء :

أوجب المشرع على الوصى أن يتسلم أموال القاصر ، وأن يقوم على رعايتها ، وأن يبذل فى ذلك كل ما يطلب منه كالوكيل المأجور .

وأن يعرض على المحكمة ما يرفع على القاصر من دعاوى . وما تتخذ فيها من إجراءات التنفيذ ، وأن يتبع فى ذلك ما تأمره المحكمة . وأن يودع فى ظرف ١٥ يوما باسم القاصر كل مايحصله من نقود ، بعد استبعاد النفقة المقررة ، والمبلغ الذى تقدره المحكمة لمصروفات الإدارة ، وما ترى المحكمة لزوما لإيداعه ، من أوراق مالية ، ومجوهرات ، ومصوغات ، فى إحدى الخزائن ، ولا يجوز للوصى أن يسحب شيئاً من ذلك ، إلا بإذن المحكمة وموافقتها .

كما يجب عليه أن يقدم حسابا مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة ، ضمانا لحسن الإدارة ، وتحقيقاً للإشراف ، ويعفى من ذلك إذا كانت أموال القاصر لاتزيد على ٥٠٠ جنيه ، إلا إذا رأت المحكمة تكليفه بتقديم الحساب فى هذه الحالة أيضاً .

وإذا استبدل الوصى بغيره ، وجب عليه أن يقدم حسابا عن إدارته خلال ٣٠ يوما من تاريخ انتهاء وصايته ، إبراء لذمته وإظهارا لحسن إدارته.

ويجب عليه أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر ، وعرضها عليها للتثبت من عدالتها وتحقيق مصلحة القاصر فى ذلك ، وأن يسلم الأموال التى عهدته إلى القاصر ، إذا بلغ سن الرشد ، أو إلى ورثته ، أو إلى الولى ، أو الوصى المؤقت ، بموجب محضر خلال ٣٠ يوما لانتهاء وصايته .

تصرفات الأوصياء :

ولما كانت تصرفات الأوصياء منوطة بمصلحة القاصر ، ومقيدة بإشراف المحكمة ، فإنه لايجوز للوصى إلغاء حق من الحقوق العينية ، سواء كانت أصلية ، أو تبعية ، أو نقله ، أو تغييره أو زواله ، ولا أن يتصرف فى المنقولات ، أو الحقوق الشخصية . أو الأوراق المالية ، أو حواله الحقوق

والديون ، أو قبول الحوالة ، أو استثمار الأموال أو تصفيتها ، أو أقراض المال أو اقتراضه أو إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأطيان الزراعية ، أو لأكثر من سنة فى المبانى ، أو إيجار عقار القاصر لمدة تمتد بعد بلوغه لأكثر من سنة ، أو قبول التبرعات المقترنة بشرط ، أو رفضها . أو الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو القاصر . أو ضياع حق له . أو التنازل عن الحقوق والدعاوى أو قبول الأحكام القابلة للطعون العادية . أو التنازل عن التأمينات . أو إضعافها ، أو إيجار أموال القاصر لنفسه . أو لزوجة أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة . أو لمن يكون الوصى نائباً عنه وما يصرف فى تزويج القاصر أو فى تعليمه مهنة إلا بإذن المحكمة فى كل هذه التصرفات . لتتحقق مصلحة القاصر بعد بحثها ومعرفة أثرها .

الدعاوى ضد القاصر وغيره :

وإذا رفعت ضد القاصر أو المحجور عليه أو الغائب دعوى من وارث آخر . جاز للمحكمة بناء على طلب النيابة أو من ينوب عن القاصر ؛ أن توقف القسمة مدة لاتتجاوز خمس سنوات . إذا ثبت أن فى التعجيل بها ضررا جسيما على القاصر .

انتهاء الوصاية :

وتنتهى الوصاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ميلادية إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه . أو بعودة الولاية إلى الولى ثانية . أو بعزل الوصى أو بقبول استقالته أو بفقد الأهلية أو بثبوت غيبته أوموت القاصر ولا بد من قرار من المحكمة بانتهاء الوصاية إذا كان فقد الأهلية راجعاً إلى العته أو الجنون .

وقف الوصايا :

وللمحكمة أن توقف الوصى ، إذا توافرت أسباب جديدة تدعو للنظر فى عزله ، أو فى قيام عارض من عوارض الأهلية .

عزل الوصى :

ويعزل الوصى إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصايا المانعة من تعيينه أولا ، ولو كان هذا السبب قائماً وقت تعيينه ، أو إذا أساء الإدارة ، أو أهمل فيها ، أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر ، أو تحقق سبب من أسباب الولاية ، على النفس ، أو المال على ما سبق بيانه .

موت الوصى :

وإذا مات الوصى ، أو حجر عليه ، أو اعتبر غائباً ، التزم ورثته ، أو من ينوب عنه ، بتسليم أموال القاصر ، وتقديم الحساب له حسب ما بيناه سابقا .

دعاوى القاصر وتعهداته :

كل دعوى من القاصر ضد الوصى . أو المحجور عليه ضد قيمه ، وتكون متعلقة بأمور القوامة أو الوصاية ، تسقط بمضى خمس سنوات من تاريخ بلوغ القاصر رشيداً ، أو من تاريخ رفع الحجر عنه ، أو موت القاصر ، أو المحجور عليه .

وتبدأ مدة التقادم المذكورة من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية ، أو القوامة ، وذلك فى حالة انتهاء الوصاية بالعزل ، أو بالاستقالة ، أو بالموت .

وكل تعهد ، أو مخالصة ، من القاصر لمصلحة الوصى ، يكون قابلا للإبطال إذا صدر ذلك خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب ، حتى يتاح للقاصر

فرصة لدراسة موقفه من الوصى ، والاطلاع على حسابه ، والاسترشاد بذوى الخبرة ، ولرفع الضغط عنه من جانب الوصى ، وقلة الخبرة من جانب القاصر ، ولا يكون ذلك إلا بطلب خاص .

إذن القاصر بإدارة أمواله والتصرف فيها :

لما كان اختيار القاصر فى إدارة أمواله قبل تسلمها منصوصا عليه شرعا، فقد بين القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥١ الأحكام الخاصة بإذن القاصر بتسليم أمواله وإدارتها ، والتصرف فيها ، والاتجار بها ، ووضع المشرع من الأحكام ما يواجه حالات أذن الولى للقاصر ، وحالات إذن المحكمة له ، وحالات تخويله أهلية جزئية لبعض الأمور على سبيل الإذن من الشارع مباشرة .

فنص على أن للولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة من عمره فى تسلم أمواله كلها ، أو بعضها لإدارتها ، واشترط أن يكون ذلك بإشهاد لدى الموثق . وأجاز للولى أن يسحب هذا الإذن ، أو يحد منه ، بإشهاد آخر مع مراعاة نص المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات الخاصة بشهره فى السجل المعد لذلك .

وإذا كان القاصر مشمولا بالوصاية ، فلا بد من إذن المحكمة فى ذلك ، بعد سماع أقوال الوصى ، وإذا رفضت المحكمة الإذن ، فلا يجوز تجديده قبل مضى سنة من تاريخ رفضه نهائياً ، حتى يتسع مجال الاختيار ، وتتاح للقاصر فرصة كافية للنضوج ، والخبرة .

وإذنه فى التجارة يكون بإذن من المحكمة له بها ، سواء كان مشمولا بالولاية ، أو بالوصاية ، ويشترط أن يكون قد بلغ الثامنة عشرة من عمره أيضاً ، على أن يتقيد فى ذلك بإذن المحكمة المطلق ، أو المقيد ، فى تجارته .

تصرفات القاصر المأذون له :

وللمأذون له فى الإدارة ، أن يفى . ويستوفى ، الديون المترتبة على هذه

الأعمال ، ولا يفى الديون الأخرى ، ولو كانت ثابتة بحكم واجب التنفيذ، أو بسند تنفيذى آخر ، إلا بإذن خاص من المحكمة ، أو الوصى فى حدود ما يملك الوصى القيام به ، وأن يكون الترخيص فى كل عمل بخصوصه ، وليس مطلقا ، وإلا انتفى معنى الإشراف المقصود من الإذن .

وليس له أن يؤجر الأراضى الزراعية ، والمبانى لمدة تزيد على سنة .

ويعتبر المأذون من قبل المحكمة أو وليه أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه ، وفى التقاضى فيه . ولكن لا يجوز له أن يتصرف فى صافى دخله ، إلا بالقدر اللازم لنفقته ، ومن تلتزمه نفقتهم أيضا . وعليه أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ فيه رأى الوصى ، وللمحكمة أن تأمره بإيداع المتوفر من دخله إحدى الخزائن ، ولا يجوز له سحب شىء منه إلا بإذن منها ، ليتم بذلك الإشراف الكامل ، والتجربة المقصودة من إذنه .

سحب الإذن من القاصر :

وإذا قصر فى ذلك أو أساء فى الإدارة ، أو حدثت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده ، فللمحكمة من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب النيابة أو أحد ذوى الشأن أن تسلب هذا الإذن ، أو تحد منه ، بعد سماع أقواله فى ذلك .

وقد واجهت المواد ٦٠ ، ٦١ ، ٦٢ ، ٦٣ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٩٥ حالات خاصة ، أعطى المشرع فيها للقاصر نوعا من الإذن ، ولو لم يكن مأذونا فيه من قبل وليه ، أو المحكمة ، فنصت المادة ٦٠ على أنه إذ أذنت المحكمة بزواج القاصر ، كان ذلك إذنا له بالتصرف فى المهر ، والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن ، أو فى قرار لا حق له .

وللقاصر أهلية التصرف فيما يسلم إليه، أو يوضع تحت تصرفه، من أموال

للإنفاق منها على نفسه ، وأن كل التزام يتعلق بأغراض هذا الإنفاق يكون صحيحا فى حدود ما سلم إليه أو وضع تحت تصرفه من المال فقط ، ولا يتعدى غير ذلك ، وتكون أعمال إدارته وتصرفاته صحيحة .

عقد العمل :

وللقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى ، لتكون له أهلية الارتباط بهذا العقد . ولكن حرصا على مصلحة القاصر ، ورعاية لمستقبله ، جعل للمحكمة حق إنهاء هذا العقد ، بناء على طلب الوصى ، أو أحد من ذوى الشأن .

وإذا كان القاصر قد بلغ ست عشرة سنة ، كانت له أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله أو من أجره أو من غيره ، وأن تكون التزاماته الناشئة فى مثل هذه الحالة ، قاصرة على حدود هذا المال الذى يكسبه ، من مهنته ، أو صناعته.

ولكن ضمانا لمصلحة القاصر ، ومنعا له من تعريضه للتلف ، أو إغرائه بالفساد ، أعطى للمحكمة حق تقييد القاصر فى ماله المذكور . وعندئذ يخضع لأحكام الولاية والوصاية .

الإذن للسفيه وذوى الغفلة بالتصرف :

نص القانون على أنه يجوز للمحكمة أن تأذن للمحجور عليه للسفه ، أو للغفلة ، أن يتسلم أمواله كلها ، أو بعضها ، لإدارتها ، على أن يسرى عليها الأحكام المنصوص عليها فى شأن القاصر المأذون له فى إدارة أعماله . وقصر الإذن على إدارة الأعمال وحدها ، يدل على عدم جواز الإذن لهما فى التجارة وإدارتهما لأموالهما يطابق ما ذهب إليه أبو حنيفة من عدم جواز الحجر خصوصا إذا بلغ السفيه خمسا وعشرين سنة .

ترتيب القوامة :

ونص القانون على ترتيب القوامة ، فجعلها للإبن البالغ ، ثم للأب ،

ثم للجد ، ثم لمن تختاره المحكمة ، وأنه يشترط فى القيم ، ما يشترط فى الوصى ، وقد استثنى القانون الإبن ، والأب ، والجد ، من تعيينهم ولو كان محكوما عليه بإفلاسه ، أو فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب ، أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، ولم يمض على الحكم خمس سنوات ، فأجاز للمحكمة تعيينهم إذا رأت مصلحة فى ذلك . فقد ترى أنهم أولى من غيرهم بالقوامة على عديمى الأهلية .

المساعد القضائى :

أجاز القانون للمحكمة أن تعين مساعدا قضائيا لمن أصيب بعاهتين ، كالصمم والعمى ، أو الصمم والبكم ، أو العمى والبكم ، إذا تعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، وذلك لمعاونته ومشاركته فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ ، بل أجاز ذلك لمن يخشى من انفراده بمباشرة التصرف فى ماله ، بسبب الشلل ، أو العجز الشديد .

وإذا امتنع المساعد أو من تقررت مساعدته من الاشتراك معا ، رفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بانفراد أحدهما بإجراء التصرف ، أو تعين شخصاً آخر فى إبرامه ، وفقاً لما يشمله قرارها من توجيهات ، وإذا انفرد أحدهما بالتصرف كان باطلا .

وعلى المساعد ، تسليم الأموال ، وتقديم الحساب طبقاً للمنصوص عليه فى المادة ٥٠ من القانون ١١٩ . ويعتبر المساعد القضائى فى حكم النائب ، وتطبق عليه أحكام المواد ١٠٨ ، ٣٨٢ ، ٧٤٩ من القانون المدنى الخاصة بمنع تعامل الشخص مع نفسه ، وهذه الأحكام ليس فيها ما يتعارض مع النصوص الفقهية .

الوكيل عن الغائب :

وللمحكمة أن تقيم وكيلا عن الغائب الكامل الأهلية ، إذا انقضت سنة على غيابه ، وتعطلت مصلحته .

وذلك إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته ، أو إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم ، أو كان له محل إقامة أو موطن خارج الجمهورية ، ولكن استحال عليه أن يتولى بنفسه شئونه ، أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها ، على أنه إذا كان للغائب وكيل عام ، قررت المحكمة تثبيته إذا توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى ، وإلا عينت غيره .

وتنتهى القوامة بموت الغائب ، أو بالحكم باعتباره ميتـا ، أو بزوال سببها .

المشرف :

إن أموال القاصر قد تستلزم فى بعض الأحيان تعيين مشرف ، أو مدير مؤقت لإدارتها ، والمشرف هو الشخص الذى يعين لمراقبة الوصى ، أو القيم ، أو الوكيل عن الغائب .

ومهمة المشرف طبقاً للمادة ٨١ من القانون هى مراقبة النائب عن عديم الأهلية ، والوكيل عن الغائب ، فى إدارته وعليه إبلاغ المحكمة ، أو النيابة ، كل أمر يقتضى المصلحة رفعه إليها ، وعلى الوكيل ، أو النائب ، إجابة المشرف إلى كل مايطلبه من إيضاح عن الأحوال ، وليس له حق الاشتراك فى الإدارة ولا الانفراد بالتصرف .

ولكن إذا خلا مكان الغائب أو الوكيل ، فعليه أن يطلب من المحكمة إقامة غيرهما وفى هذه الحالة ، عليه أن يقوم بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر ، إلى أن يصدر قرار من المحكمة بالإقامة .

وتسرى على المشرف الأحكام المقررة فيما يتعلق بتعيينه ، وعزله ، وقبول استقالته ، وأجر عمله ، ومسئوليته ، عن تقصيره ، ما يسرى على الغائب ، أو الوكيل ، على حسب الأحوال .

إنهاء مهمة المشرف :

وتنتهى مهمة المشرف ، بقرار من المحكمة ، إذا زال السبب الذى استدعى تعيينه ، أو ببلوغ القاصر سن الرشد ، أو بموت القاصر أو المحجور عليه ، أو برفع الحجر عنه .

الجزاءات :

إذا قصر الوصى ، أو النائب ، أو القيم ، أو الوكيل عن الغائب ، أو الوصى الخاص ، أو الوصى المؤقت أو المساعد القضائى ، فى أداء الواجبات المفروضة عليهم ، أو أوقفوا تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة ، فللمحكمة أن تحكم عليهم بغرامة لا تزيد على مائة جنيه ، وحرمانهم من أجرهم كله أو بعضه ، وعزلهم أو بأحد هذه الجزاءات ، ويجوز منح القاصر هذه الغرامة ، أو جزءا منها .

وإذا قام كل منهم بتنفيذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم بالجزاء أو قدم أعذاراً مقبولة ، جاز للمحكمة إعفاؤه من هذا الجزاء ، أو من بعضه .

وإذا نفذ على ممتلكات كل منهم بالغرامة ثم صدر حكم بإعفائه منها ، فلا يحق له استرداد ما حصل من الثمن .

وإذا رسا المزاد على قلم كتاب المحكمة ، فيكون له استرداد القيمة ، بعد دفع المصروفات ، إلا اذا وجد مانع من ذلك فلا يكون له الا استرداد الثمن الذى رسى به المزاد بعد خصم المصروفات .

واذا امتنع واحد منهم ، عن تسليم القاصر أو المحجور عليه ، أو الغائب أمواله أو أوراقه أو عن تسليم من حل محلهم - (وكان ذلك بقصد الإساءة)، فإنه يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة ، وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، ما لم ينص القانون على عقوبة أشد .

واذا قورنت هذه الأحكام جميعا بالنصوص الشرعية لوجدت مطابقتها. ولا تخرج عنها فى شىء مما سبق بيانه وإيضاحه . والله ولى التوفيق .

الفهـــرس

المقدمة : حقوق الأولاد .

الباب الأول فى النسب

الباب الخامس فى الولاية على النفس والمال

المراجع

١ ـــ ابن عابدين .

٢ ـــ فتح القدير .

٣ ـــ الزيلعى .

٤ ـــ الهداية .

٥ ـــ أحكام الأحوال الشخصية للأستاذ تاج .

٦ ـــ الأصول الشخصية للأستاذ أبو زهرة .

٧ ـــ الأحوال الشخصية للأستاذ محمد الحسينى .

٨ ـــ الأحكام الإسلامية للأستاذ البرديسى .

٩ ـــ الأحكام الشرعية للأستاذ زكى الدين شعبان .

١٠ ـــ الأحكام الشرعية للأستاذ زيد الإبياني .

رقم الإيداع بدار الكتب ٢٨٢٥ / ١٩٧١